

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Verlies van een kans, art. 6:98, 6:99 en 6:101 BW)

Akkermans, A.J.; van Dijk, Chr. H.

2013

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

CC BY-NC

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Akkermans, A. J., & van Dijk, C. H., (2013). *Case note: Hoge Raad (Verlies van een kans, art. 6:98, 6:99 en 6:101 BW)*, No. 41, Dec 21, 2012. (Jurisprudentie aansprakelijkheid; Vol. 2013).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Bedrijfs- en beroepsaansprakelijkheid

41

Hoge Raad

21 december 2012, nr. 11/05496, LJN BX7491
(mr. Numann, mr. Van Buchem-Spapens, mr. Van Oven, mr. Streefkerk, mr. Drion)
(Concl. A-G Spier)

Noot mr. Chr.H. van Dijk (advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam) en prof. mr. A.J. Akkermans (professor privaatrecht aan de Vrije Universiteit van Amsterdam)

Kansschade. Proportionele aansprakelijkheid. Conditio sine qua non-verband.

Benadeelde krijgt een onjuist fiscaal advies van zijn adviseur. Indien hij een juist advies zou hebben gekregen, zou hij dit ter harte hebben genomen en hebben getracht de werkelijke situatie in overeenstemming te brengen met het advies, waardoor hij aanzienlijk minder belasting had moeten betalen. De goede en kwade kansen tegen elkaar afwegend komt het hof tot een kans van 60% dat benadeelde, indien de adviseur hem een juist advies had gegeven, zich daadwerkelijk op een voor hem gunstige fiscale faciliteit had kunnen beroepen. In cassatie klaagt de adviseur dat het hof heeft miskend dat de rechter terughoudendheid moet betrachten bij het toepassen van leerstukken zoals kansschade en proportionele aansprakelijkheid. De Hoge Raad verwerpt dit beroep. De terughoudendheid die geldt bij het toepassen van proportionele aansprakelijkheid geldt niet bij het leerstuk van verlies van een kans nu het hof het csqn-verband tussen de normschending en het verlies van de kans op een gunstiger fiscale behandeling heeft vastgesteld volgens de gewone bewijsregels, zonder in dat verband een proportionele benadering te hanteren.

1. [Eiser 1] te [...],
2. Deloitte Belastingadviseurs BV te Rotterdam, eisers tot cassatie, advocaat: (aanvankelijk mr. P.A. Ruig, thans) mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk, tegen
1. [verweerder 1] te [...],
2. H & H Beheer BV te Oisterwijk, verweerders in cassatie, advocaten: mr. J. den Hoed en mr. R.P.J.L. Tjittes.

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Spier)

1. Feiten

1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten.¹

1.2. [Verweerder 1] was vanaf 1 januari 1983 werkzaam als vennoot bij de accountantsmaatschap [A]. In september 1988 heeft het bestuur van [A] de maatschap opgezegd aan [verweerder 1]. Op 4 oktober 1988 heeft [verweerder 1] aan [eiser 1] opdracht gegeven hem te adviseren over de fiscale consequenties van zijn uittreden bij [A]. [Eiser 1] heeft bij brief van 16 december 1988 een advies gegeven (hierna: het advies). Vanaf december 1988 hebben uittredingsonderhandelingen plaatsgevonden tussen [verweerder 1] en [A]. Op 9 april 1989 hebben [verweerder 1] en [A] overeenstemming bereikt over de voorwaarden van uittreding, waaronder een uittreedsom voor [verweerder 1] van f 1.235.000.

1.3. Het advies van [eiser 1] was gebaseerd op de geruisloze inbreng in H&H Beheer. De gedachte was dat de onderneming van de eenmanszaak (de praktijk van [verweerder 1] als maat bij [A]), ingaande 1988, zou worden omgezet in een uiterlijk op 1 april 1989 op te richten vennootschap. [Verweerder 1] had op 16 mei 1988 een intentieverklaring tot het oprichten van de vennootschap getekend (toen nog in het kader van een reorganisatie bij [A]); de vennootschap H&H Beheer is op 22 maart 1989 opgericht. De belastingdruk zou volgens het advies in dat geval f 405.000 belopen.

1 Zie rov. 3.4 van het thans in cassatie bestreden arrest en rov. 2.3 van het arrest van het Hof Amsterdam van 24 mei 2007. Van de in deze laatstgenoemde rechtsoverweging vermelde feiten is ook het Hof in het thans bestreden arrest uitgegaan (zie rov. 2).

1.4. Op 19 januari 1989 is aan de belastingdienst het verzoek gedaan om de uittreedsom van [verweerder 1] geruisloos in te brengen in H&H Beheer. Dit verzoek is vervolgens afgewezen. Die afwijzing resulteerde in een aanslag inkomstenbelasting van f 588.333. Na bezwaar en “gedaan beroep” hebben [verweerder 1] en de belastingdienst op 20 juni 1996 een compromis gesloten, op grond waarvan [verweerder 1] f 480.000 aan belasting moest betalen.

2. Procesverloop

2.1. [Verweerd ers] vorderen in deze procedure, die aanhangig is gemaakt op 19 februari 1999, vergoeding van de schade die geleden zou zijn vanwege een door [eiser 1] gemaakte beroepsfout. De beroepsfout zou hierin bestaan dat [eiser 1] (i) niet heeft geadviseerd gebruik te maken van de belastingfaciliteiten die voortvloeien uit de zogenoemde “ruilarresten”, (ii) niet zonder meer tot geruisloze inbreng had mogen adviseren en (iii) niet een kansloos beroep bij het hof had mogen instellen, met alle daaraan verbonden advieskosten (dit betreft, kort gezegd, het beroep nadat de belastingdienst bij beslissing op bezwaar de afwijzing van het verzoek om geruisloze inbreng handhaafde).² De gevorderde schadevergoeding bedroeg, na eiswijziging, f 822.301 met nevenvorderingen. De Rechtbank Amsterdam heeft de vorderingen bij vonnis van 25 mei 2005 afgewezen.

2.2.1. In hoger beroep oordeelde het Hof Amsterdam in zijn arrest van 24 mei 2007 dat [eiser 1] een beroepsfout heeft gemaakt door de belastingfaciliteit die voortvloeit uit de ruilarresten niet in zijn advies te betrekken (zie rov. 2.11). Volgens het Hof was het aan [verweerder 1] om te stellen en zonodig te bewijzen dat hij door deze beroepsfout de kans heeft gemist om gebruik te maken van de faciliteiten die de ruilarresten boden. Er kan slechts sprake zijn van schade indien [verweerder 1] zich ten tijde van zijn uittreden zou hebben kunnen inkopen bij een accountantskantoor dat in economische zin vergelijkbaar is met [A], althans [verweerder 1] op dat moment een concreet voornemen had kunnen hebben “om vervolgens binnen een jaar daarna dat vermogen in te bren-

gen in een nieuwe onderneming van soortgelijke aard” (rov. 2.12). Volgens het Hof waren partijen het erover eens dat in het onderhavige geval bij een in economische zin vergelijkbare onderneming gedacht moet worden aan een groot accountantskantoor (rov. 2.5). Omdat [verweerder 1] daaromtrent geen stellingen had ontwikkeld, heeft het Hof [verweerder 1] niet tot bewijsvoering daarvan toegelaten en heeft het geoordeeld dat de ruilarresten niet van toepassing zijn (rov. 2.14).

2.2.2. Het Hof oordeelde tevens dat het voorstel van [eiser 1] tot geruisloze inbreng niet haalbaar was en dat [eiser 1] [verweerder 1] heeft blootgesteld aan de gerede kans dat hij de daarover gevoerde procedure zou verliezen. Het Hof concludeerde dat [eiser 1] aan [verweerder 1] geadviseerd heeft een onbegaanbare weg te bewandelen en dat bezwaar en beroep (inzake de opgelegde belastingaanslag) achterwege hadden kunnen blijven indien het advies aan [verweerder 1] volledig zou zijn geweest en vervolgens op basis van een ruisende inbreng belastingaangifte was gedaan (rov. 2.16). Het Hof heeft [eis ers] veroordeeld tot betaling van € 54.285,27; het heeft de bestreden vonnissen voor het overige bekrachtigd.

2.3. De Hoge Raad heeft bij arrest van 5 juni 2009 het bestreden arrest vernietigd. In het principaal cassatieberoep oordeelde de Hoge Raad dat de in feitelijke instanties door [verweerd ers] ingenomen stellingen geen andere uitleg toelieten dan dat [verweerd ers] zich op het standpunt stelden dat voor toepassing van de ruilarresten in het onderhavige geval voldoende was dat sprake was van een investering met economisch gelijkwaardige functie, zodat ook inkoop in een kleine of middelgrote maatschap voldoende geweest zou kunnen zijn. Niets wijst erop dat [verweerd ers] dat standpunt ondubbelzinnig hebben prijsgegeven (rov. 4.1). Ook het incidentele cassatieberoep werd gegrond bevonden. De Hoge Raad heeft het bestreden arrest vervolgens vernietigd en de zaak terugverwezen naar het Hof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing.

2.4. Na verwijzing hebben [verweerd ers] hun eis aldus gewijzigd dat gevorderd wordt veroordeling van [eis ers] tot schadevergoeding op te maken bij staat. [Eis ers] hebben geconcludeerd tot bekrachtiging van de bestreden vonnissen en vermindering van de veroordeling van [eis ers] met een bedrag van € 54.453,63.

2 Zie het eerder in deze zaak gewezen arrest van de Hoge Raad van 5 juni 2009, rov. 3.2.

2.5.1. In zijn arrest van 6 september 2011 heeft (ook) het Hof Amsterdam geoordeeld dat [eiser 1] toerekenbaar tekort is geschoten jegens [verweerder 1] door in zijn advies geen melding te maken van de mogelijkheid van de ruilarresten (rov. 3.10). Volgens het Hof stond in de procedure na verwijzing niet meer ter discussie dat [eiser 1] (ook) toerekenbaar tekort is geschoten door [verweerder 1] geruisloze inbreng te adviseren (rov. 3.11).

2.5.2. Het Hof heeft vervolgens opnieuw beoordeeld of [verweerders] schade hebben geleden doordat [eiser 1] niet geadviseerd heeft over de mogelijkheid van toepassing van de ruilarresten. Het Hof overwoog dat daarvoor een vergelijking gemaakt dient te worden tussen de situatie zoals deze zich feitelijk heeft voorgedaan (de situatie waarin [eiser 1] niet geadviseerd heeft over de ruilarresten) en de hypothetische situatie dat [eiser 1] [verweerder 1] wél zou hebben geadviseerd over de mogelijkheid van toepassing van de ruilarresten. Dit brengt mee “dat een inschatting moet worden gemaakt van de kans dat [verweerder 1], indien [eiser 1] hem wél had geadviseerd over de mogelijkheid van toepassing van de ruilarresten, aan de daarvoor geldende vereisten had kunnen voldoen” (rov. 3.13). Het Hof concludeert uiteindelijk: “De goede en kwade kansen tegen elkaar afgewogen komt het hof tot een kans van 60% dat [verweerder 1], indien [eiser 1] hem in zijn advies van december 1988 ook had gewezen op de mogelijkheid van toepassing van de ruilarresten, zich daadwerkelijk op deze fiscale faciliteit had kunnen beroepen” (rov. 3.14). Het Hof heeft [eisers] veroordeeld tot betaling van 60% van de schade die [verweerders] hebben geleden als gevolg van de door [eiser 1] gemaakte beroepsfout, welke schade moet worden opge maakt bij staat. 2.6. [Eisers] hebben tijdig cassatieberoep ingesteld. [Verweerders] hebben geconcludeerd tot verwerving. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht, waarna [eisers] nog heeft gerepliceerd.

3. Inleiding

3.1. Het leerstuk van het causaal verband behoort ongetwijfeld tot het lastigste onderdeel van het aansprakelijkheidsrecht. Dat geldt – uiteraard – niet alleen voor ons land. In het kader van de discussies over de Principles of European Tort Law is over geen onderwerp langer en intensiever gesproken dan over causation. Het kernprobleem is dat het erg moeilijk is om oplossingen te vinden

die voor de grote meerderheid van gevallen bevredigend zijn en deze te gieten in begrijpelijke en consistente regels die niet zó vaag zijn dat de praktijk en de rechter er niets (of juist alles, in welk geval de voorspelbaarheid van het recht te grabbel wordt gegooid) mee kunnen.

3.2. De rechtspraak op dit punt heeft in ons land een belangrijke ontwikkeling doorgemaakt. Voor veel situaties is duidelijkheid gecreëerd. Een groot aantal (sub)regels biedt de rechter de nodige vrijheid zonder dat gezegd kan worden dat deze vrijheid onbeperkt is. Binnen de marges van het haalbare zijn de meeste ontworpen regels goed toepasbaar en is de voorspelbaarheid van uitkomsten in concrete gevallen zo groot als redelijkerwijs mogelijk is.

3.3. In deze zaak worden we geconfronteerd met regels of regelcomplexen die niet geheel op elkaar zijn afgestemd. Het systeem vertoont daardoor een zekere spanning. Ik vraag mij af of de tijd rijp is om deze spanning weg te nemen. Daarvoor zou immers nodig zijn om vrij algemeen als juist ervaren rechtspraak enigszins te verfijnen; ik werk dat hierna verder uit.

3.4.1. Wanneer Uw Raad zou menen dat het thans niet aangewezen is om de rechtsontwikkeling op het glibberige terrein van deze zaak nader gestalte te geven, verdient aanbeveling te zoeken naar een begaanbare weg om de klachten af te handelen zonder op de zaak ten gronde in te gaan. De eenvoudigste route daartoe is aan te nemen dat 's Hofs oordeel niet is gesteld in de sleutel van het causaal (condicio sine qua non-) verband maar in die van de schadebegroting als bedoeld in art. 6:97 en 6:105 lid 1 BW.

3.4.2. Zelf denk ik dat deze lezing, die ook – naast een daarmee onverenigbare – te vinden is in de klachten en de s.t. van [eisers],³ niet juist is, maar verdedigbaar is dat het Hof zich inderdaad heeft gezet tot schadebegroting, zij het dan ook dat in zijn oordeel kennelijk besloten ligt dat tussen de begrote schade en de beroepsfout een condicio sine qua non-verband bestaat. Zou Uw Raad menen dat 's Hofs oordeel moet worden verstaan als schadebegroting dan mist onderdeel 1 goeddeels feitelijke grondslag. Veel van hetgeen hierna volgt, mist dan voor deze zaak belang.

3 Onder 6.

3.5. In zijn conclusie voor het arrest Fortis/[B]⁴ is mijn ambtgenoot Wissink uitvoerig ingegaan op de problematiek van proportionele aansprakelijkheid. Ik verwijs graag naar die diep gravende beschouwingen.

3.6. Zou Uw Raad zich niet bekeren tot de onder 3.4.1 genoemde lezing van 's Hofs arrest dan zal moeten worden aangenomen dat het Hof zich heeft laten leiden door de doctrine verlies van een kans zoals ontwikkeld in het Baijings-arrest;⁵ ook mr De Bie Leuveling Tjeenk gaat daarvan uit.⁶ In dat arrest werd overwogen:

“5.2. [...] Het gaat in een geding als het onderhavige om de vraag of, en zo ja in welke mate, de cliënt van een advocaat schade heeft geleden als gevolg van het feit dat deze laatste heeft verzuimd hoger beroep in te stellen tegen een vonnis waarbij die cliënt in het ongelijk was gesteld. Voor het antwoord op deze vraag moet in beginsel worden beoordeeld hoe de appelrechter had behoren te beslissen, althans moet het te dier zake toewijsbare bedrag worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de appellant in hoger beroep, zo dit ware ingesteld, zou hebben gehad.

Teneinde de rechter in het geding waarin de aansprakelijkheid van de advocaat voor diens verzuim aan de orde is, in staat te stellen zo nauwkeurig als in het betrokken geval mogelijk is, tot zodanig oordeel, c.q. schatting te geraken, is het wenselijk dat partijen in dat geding – de cliënt en diens voormalige advocaat – aan de rechter alle gegevens verschaffen die, indien hoger beroep ware ingesteld, in de appelprocedure aan de orde zouden zijn gekomen.

Voor wat de cliënt betreft, betekent dit dat hij in het geding tegen zijn voormalige advocaat de mogelijkheid dient te hebben zich zoveel mogelijk op te stellen op de wijze als hij in het achterwege gebleven hoger beroep zou hebben verkozen. Voor de advocaat betekent het dat hij in het door zijn voormalige cliënt tegen hem aangespannen geding de vrijheid moet hebben zich zoveel moge-

lijk aan te sluiten bij de positie die, zo hoger beroep ware ingesteld, door de in eerste aanleg in het gelijk gestelde partij zou zijn ingenomen. (...)”

3.7.1. Het Hof heeft m.i. de onder 3.6 vermelde doctrine, zoals deze tot nu toe wordt verstaan, op de juiste wijze toegepast. Zou deze nog onverkort gelden en zou deze in een geval als het onderhavige kunnen en mogen worden toegepast – wat door de klachten niet wordt bestreden – dan falen de onderdelen 1 a en c.

3.7.2. Ik heb overwogen om het hierbij te laten en zou Uw Raad daarmee wellicht een plezier hebben gedaan, maar het lijkt toch beter om stil te staan bij de spanning die lijkt te bestaan tussen de verlies van een kans-doctrine en de rechtsregel zoals bedoeld in het arrest Nefalit/[C] en vervolgens het arrest Fortis/[B]. Daarmee komt dan onvermijdelijk de vraag aan de orde of a) tussen beide leren wel een rechtens relevant verschil bestaat, b) of het niet beter is beide te amalgameren en c) of het wenselijk is om verschillende eisen te stellen aan de toepassing van beide leerstukken.

3.8. In het zojuist al genoemde arrest Fortis/[B] overwoog Uw Raad:

“3.8. Aan de door de Hoge Raad in het arrest Nefalit/[C] geformuleerde rechtsregel is, zoals ook in de literatuur is onderkend, het bezwaar verbonden dat toepassing daarvan de mogelijkheid in zich draagt dat iemand aansprakelijk wordt gehouden voor een schade die hij niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt. Dit bezwaar brengt mee dat deze regel met terughoudendheid moet worden toegepast, en dat de rechter die daartoe besluit, in zijn motivering dient te verantwoorden dat de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending – waaronder is begrepen de aard van de door de benadeelde geleden schade – deze toepassing in het concrete geval rechtvaardigen.

De overwegingen van het arrest Nefalit/[C] zijn toegesneden op het zich in die zaak aandienende specifieke geval waarin de aansprakelijkheid van een werkgever tegenover zijn werknemer wegens blootstelling van die werknemer in de uitoefening van diens werkzaamheden aan een voor de gezondheid gevaarlijke stof vaststond, terwijl de geschonden norm naar haar aard ertoe strekte gezondheidsschade bij de werknemer te voorkomen. Hieruit volgt echter niet dat de evenbedoelde rechtsregel in beginsel slechts in een dergelijk geval kan worden toegepast. Ook in andere gevallen kan het – met inachtneming van de hiervoor be-

4 HR 24 december 2010, LJN BO1799, NJ 2011/251 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

5 HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 m.nt. PAS. In de aan het arrest voorafgaande conclusie van mijn toenmalige ambtgenoot Bakels is een schat aan gegevens over deze problematiek te vinden.

6 S.t. onder 7.

doelde terughoudendheid – redelijker zijn de onzekerheid over het condicio-sine-qua-non-verband tussen de normschending en de schade over partijen te verdelen, dan deze onzekerheid volledig voor risico van de benadeelde te laten komen. Daarvoor kan met name aanleiding zijn indien de aansprakelijkheid van de aangesproken partij op zichzelf vaststaat, een niet zeer kleine kans bestaat dat het condicio-sine-qua-non-verband tussen de geschonden norm en de geleden schade aanwezig is, en de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending de toepassing van de genoemde regel rechtvaardigen.

3.9 Uit het vorenoverwogene volgt dat onderdeel 3b in zoverre gegrond is dat voor toepassing van de voormelde regel uitsluitend ruimte is in uitzonderlijke – van geval tot geval te beoordelen – omstandigheden, van de aanwezigheid waarvan de rechter in zijn motivering verantwoording dient af te leggen. Zoals hierna nader wordt uiteengezet, heeft het hof dat miskend. Het onderdeel treft echter geen doel voor zover het tot uitgangspunt kiest dat de toepassing van deze rechtsregel is beperkt tot gevallen waarin het bewijs van het condicio-sine-qua-non-verband in het algemeen een probleem is, reeds omdat het onderscheid tussen zodanige gevallen en die waarin de onzekerheid voortvloeit uit de specifieke omstandigheden van het desbetreffende geval, onvoldoende scherp is. Ook het onderscheid tussen gevallen waarin de causaliteitsonzekerheid betrekking heeft op in het verleden, dan wel in de toekomst gelegen schade-posten, kan om dezelfde reden niet als uitgangspunt dienen om de toepasselijkheid van de meer-genoemde regel af te bakenen.

3.10. De onderdelen 3a en 3c zijn gegrond.

De aard van de geschonden norm is in dit geval de waarschuwingsplicht van een vermogensbeheerder tegenover zijn cliënt, de strekking van de geschonden norm is het voorkomen van vermogensschade. Voorts heeft het hof onbestreden vastgesteld dat de kans dat [B] zich zonder meer en onverwijd zou hebben neergelegd bij een uitdrukkelijke aanbeveling de aandelen Predictive dadelijk na afloop van de lock-up-periode van de hand te doen, niet bijzonder groot is te noemen (rov. 3.5.2).

De hiervoor in 3.8 bedoelde terughoudendheid brengt in een zodanig geval mee dat het tegenover de vermogensbeheerder onaanvaardbaar is het in beginsel op de cliënt rustende bewijsrisico omtrent het condicio-sine-qua-non-verband tussen de op

zichzelf vaststaande normschending en de schade niet voor rekening van de cliënt te laten, maar in plaats daarvan toepassing te geven aan de rechtsregel van het arrest Nefalit/[C]. Daarom treft onderdeel 3a voorts in zoverre doel dat het hof heeft miskend dat – ook – in het onderhavige geval een noodzakelijke voorwaarde voor de in art. 6:98 BW bedoelde toerekening is dat het condicio-sine-qua-non-verband vaststaat tussen de normschending van Fortis en de door [B] geleden schade.”

3.9.1. De kernboodschap van het zojuist geciteerde arrest is dat terughoudendheid op haar plaats is bij het uit de kast halen van proportionele aansprakelijkheid (of misschien beter: bij het toewijzen van een schadebedrag zonder dat het condicio sine qua non-verband kan worden vastgesteld).⁷ Een opvatting die ik graag onderschrijf. Ik plaats daarbij de kanttekening dat de wijze waarop tot deze terughoudendheid wordt gemaand op het eerste gezicht niet helemaal eenduidig lijkt. In rov. 3.8 wordt gesproken van de noodzaak de regel uit het arrest Nefalit/[C]⁸ “met terughoudendheid” toe te passen, terwijl even verderop in rov. 3.9 wordt geoordeeld dat daarvoor “uitsluitend ruimte is in uitzonderlijke – van geval tot geval te beoordelen – omstandigheden”.

3.9.2. Ik begrijp deze laatste oordelen aldus dat een dubbele terughoudendheid op haar plaats is. Meer specifiek: zowel ten aanzien van het soort gevallen als met betrekking tot de toepassing in een concreet geval is terughoudendheid geboden.⁹ Omdat beoordeling van een concreet geval eerst aan de orde komt als de rechter de eerste sluis (het soort gevallen) is gepasseerd en in de tweede sluis andermaal terughoudendheid geboden is, kan ten aanzien van de beoordeling van een concreet geval inderdaad worden gesproken van “uitsonderlijke omstandigheden”, te weten de optelsom van twee vormen van terughoudendheid.

3.10.1. Zowel in het arrest Nefalit/[C] als in het arrest Fortis/[B] laat Uw Raad wijselijk in het midden bij welke grootte van een kans in een concreet geval proportionele aansprakelijkheid

7 Voor deze terughoudendheid was nadrukkelijk gepleit door o.m. C.J.M. Klaassen, *NJB* 2007 p. 1164 e.v. sub 1 en 4.1.

8 HR 31 maart 2006, LJN AU6092, *NJ* 2011/250 m.nt. Tjong Tjin Tai.

9 Tjong Tjin Tai wijst met name op dit laatste aspect in zijn *NJ*-noot 2011/251 onder 3.

niet aangewezen is.¹⁰ Ten aanzien van de minimaal vereiste omvang van de kans in een concreet geval geldt, denk ik, hetzelfde als ten aanzien van de zojuist besproken terughoudendheid. Deze grootte zal van geval tot geval kunnen verschillen. Daarop wijst ook dat de vraag of toepassing van proportionele aansprakelijkheid in een concreet geval geïndiceerd is, afhangt van drie met name genoemde omstandigheden. Het komt dus telkens aan op een onderlinge weging. Zoveel is duidelijk: zeer kleine kansen dat een *condicio sine qua non*-verband aanwezig is, zijn in het algemeen¹¹ onvoldoende, ongeacht de verdere omstandigheden. 3.10.2. Bij de beoordeling van het arrest a quo in de zaak *Fortis/[B]* werd Uw Raad geconfronteerd met een inconsistentie in 's Hofs arrest. Het Hof repte in rov. 3.5.2 van het niet bijzonder groot zijn van de kans, zoals Uw Raad in rov. 3.10 ook memoreert. Het Hof taxeerde die kans vervolgens in rov. 3.5.4 op 50%. Beide oordelen verdragen zich niet met elkaar zodat Uw Raad een keuze tussen beide oordelen moest maken. In rov. 3.10 komt de Hoge Raad tot de conclusie dat, gezien de aard en de strekking van de geschonden norm in verband met de omstandigheid dat de relevante kans niet bijzonder groot was, de vereiste terughoudendheid¹² in zodanig geval meebrengt dat onaanvaardbaar is om de leer van het arrest *Nefalit/[C]* toe te passen. In deze benadering wordt in de zaak *Fortis/[B]* bij de weging van de afzonderlijke omstandigheden dus uitgegaan van een niet bijzonder grote kans en niet van de eveneens door het Hof genoemde 50%. In deze lezing is dus niet

categorisch uitgesloten (zij het dan ook in mijn ogen minder waarschijnlijk) dat in die zaak bij een kans van – zeg – 50% of 60% een andere uitkomst wel aanvaardbaar zou zijn geweest.¹³

3.11. De doctrine is enigszins verdeeld over de vraag of tussen de rechtsregel zoals bedoeld in het arrest *Nefalit/[C]* en de leer van verlies van een kans relevante verschillen bestaan. Met name Tjong Tjin Tai meent dat dit inderdaad het geval is.¹⁴ Hij wijst er overigens op dat – kort gezegd – dit onderscheid “in andere rechtsstelsels” niet wordt gemaakt.¹⁵ Ook de s.t. van mrs Tjittes en Den Hoed gaat ervan uit dat onderscheid tussen beide leren moet worden gemaakt (s.t. onder 7 met verdere uitwerking in hetgeen daarop volgt). 3.12.1. Met een aantal gezaghebbende auteurs meen ik dat het verschil in de meeste gevallen praktisch gesproken niet groot en vaak zelfs afwezig is.¹⁶ Het is niet onjuist dat beide leren dogma-

10 Voor zover de kans héél groot is, kan m.i. zonder meer worden gezegd dat het *condicio sine qua non*-verband bewezen is. Immers is daarvoor, naar gangbare opvattingen binnen en buiten ons land, geen absolute zekerheid vereist; zie bijv. Asser-Hartkamp/Sieburgh 6-II*, 2008, nr. 76: het gaat hier om een bewijskwesie. Dan geldt dus de algemene regel van civiele bewijsrecht dat voldoende is dat de rechter een redelijke mate van zekerheid heeft verkregen; zie voorts W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, 2004, par. 2 en de daar genoemde literatuur.

11 In heel bijzondere settingen zou een heel kleine kans voldoende moeten zijn voor – kort gezegd – preventieve rechterlijke bevelen; zie mijn *Shaping the law for global crises* p. 195 e.v. Maar daar gaat het thans niet om.

12 Verwezen wordt naar rov. 3.8. Door vervolgens nadrukkelijk te spreken over “deze zaak” wordt tevens rov. 3.9 binnen boord gehaald.

13 Naast, zoals we hierna in voetnoot 21 nog zullen zien, Pijls, meent ook V.M. Neering dat de deur voor “beleggingsschade geheel is dichtgegooid (*Bb* 2011/26). Voorzichtigter S.D. Lindenbergh en S.B. Pape, annotatie onder het arrest *Fortis/[B]*, AA 2011 p. 723. Met Lindenbergh en Pape meen ik dat een rechter niet al te gemakkelijk, want onnodig, maar een slag mag slaan naar de grootte van de kans, met name niet wanneer deskundigen daarover (allicht) wat nuttigs zouden kunnen zeggen (AA 2011 p. 724).

14 Zie vooral de noten van Tjong Tjin Tai onder HR 31 maart 2006, NJ 2011/250 onder 2 en HR 24 december 2010, NJ 2011/251 onder 3 met verdere uitwerking. Zijn stelling dat het bij verlies van een kans “slechts gaat om de omvang van de schade” (eerste noot sub 2a) lijkt me niet juist. Immers is zeer wel denkbaar dat er in het geheel geen schade is, bijvoorbeeld als het niet tijdig ingestelde appel geen succes zou hebben gehad. Sterker nog: de cliënt is dan beter af want de kosten van het nutteloze hoger beroep blijven hem bespaard. Aanzienlijk genuanceerder is C.J.E. Klaassen, mon. BW B 35 nr 16 en 57b en in NJB 2007 p. 1164 e.v. onder 3.

15 Noot onder NJ 2011/250 onder 2c.

16 Zie in overeenkomstige zin onder meer A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (1997) p. 193 e.v. en par. 7.3.5 met name p. 448 (de uitkomst is in beide gevallen hetzelfde); Asser-Hartkamp/Sieburgh 6-II*, 2008, nr. 80 en A.C.W. Pijls onder HR 24 december 2010, «JOR» 2011/54 sub 9. Hartlief formuleert het aldus dat proportionele aansprakelijkheid (in de zin van onder meer het arrest *Nefalit/[C]*) in het verlengde ligt van het leerstuk verlies van een kans: Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding (2012) nr 201a.

tisch kunnen en moeten worden onderscheiden,¹⁷ maar daarop behoef ik thans niet uitvoerig in te gaan omdat deze kwestie (in elk geval) voor de onderhavige zaak geen praktische betekenis heeft. Ik volsta met het volgende.

3.12.2. Ter illustratie van het verschil dat zou bestaan tussen “verlies van een kans” en de proportionele aansprakelijkheid, zoals aangenomen in het arrest *Nefalit/[C]*, nog het volgende. Het gaat m.i. (vooral) om de juridische constructie waarmee het gewenste resultaat bereikt wordt. In elk van de gevallen doet zich de situatie voor dat het *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending en de gevorderde schade niet kan worden vastgesteld.¹⁸ Om toch tot gedeeltelijke schadevergoeding te komen, kunnen dan twee verschillende routes worden gekozen:

a. men neemt genoegen met een *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending en de kans op schade (zie bijvoorbeeld het *Baijings*-arrest). Het toe te wijzen bedrag wordt vervolgens vastgesteld op basis van de geschatte kans dat de verweten normschending tot het ondervonden nadeel heeft geleid. Juridisch dogmatisch kan men dan zeggen dat tussen het geschatte percentage en de schadeberokkende gebeurtenis een *condicio sine qua non*-verband bestaat. In dat verband wordt vaak gesproken van “kansschade” of verlies van een kans;

b. men gaat voorbij aan het vereiste van een *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending en de schade, om vervolgens bij de vaststelling van het toe te wijzen schadebedrag het bedrag van de mogelijk door de aansprakelijke persoon veroorzaakte schade te verminderen met het gedeelte van de gevorderde schade dat valt toe te rekenen aan omstandigheden in de sfeer van de benadeelde (zie bijvoorbeeld het arrest *Nefalit/[C]*).

Praktisch gesproken zou de uitkomst van beide exercities dezelfde moeten zijn.

3.13. Uitgaande van de onder 3.12 verdedigde opvatting ligt voor de hand om geen onderscheid te maken tussen de criteria die (moeten) gelden

voor beide “leren”.¹⁹ Anders gezegd: ik denk dat de motiveringsplicht aan de hand van de relevante omstandigheden, zoals genoemd in het arrest *Fortis/[B]*, ook zou moeten gelden voor de leer van verlies van een kans.

3.14. Ik besef dat deze benadering een zekere koerswijziging teweeg zou kunnen brengen voor het leerstuk van verlies van een kans, meer in het bijzonder voor het niet tijdig instellen van appel. De op grond van het *Baijings*-arrest heel ruime mogelijkheid om – kort gezegd – een deel van het gevorderde bedrag als schade toe te wijzen, zou enigermate worden ingeperkt in die zin dat aan de hand van de omstandigheden van het geval, zoals nader uitgewerkt in het arrest *Fortis/[B]*, zal moeten worden bepaald welke kansdrempel moet worden opgeworpen. Deze benadering biedt de feitenrechter de nodige ruimte om toe te werken naar een bevredigend resultaat mits hij zijn oordeel maar toereikend motiveert.

3.15.1. Opmerking verdient nog dat hantering van de *Fortis/[B]*-leer bij bepaalde vormen van (bijvoorbeeld) advocatenaansprakelijkheid, waarbij om een kennelijk als billijk ervaren resultaat te bereiken wordt gemorreld aan het *condicio sine qua non*-vereiste (des dat een deel van de schade wordt toegewezen hoewel dat verband niet vaststaat), mogelijk niet zonder meer is te verzoeven met afwijzing van vorderingen op basis van de *Fortis/[B]*-leer in bijvoorbeeld situaties als genoemd in dit arrest. Meer concreet: het verschil tussen het verzaken van een waarschuwingsplicht en het niet tijdig instellen van appel is ongetwijfeld aanwezig, maar is het zó groot dat beide gevallen van “beroepsaansprakelijkheid” wezenlijk anders zouden moeten worden behandeld?²⁰ Die vraag dringt zich met name op omdat het in beide gevallen gaat om “zuivere vermogensschade”. Niet

¹⁷ Zie onder meer B. Winiger, H. Koziol, B.A. Koch en R. Zimmermann (eds.), *Digest of European Tort Law, Volume 1: Essential Cases on Natural Causation* p. 590.

¹⁸ Daarop wijst ook o.m. Klaassen, *Mon. BW* B35 nr 16.

¹⁹ Anders Tjong Tjin Tai onder HR 24 december 2010, *NJ* 2011/251 sub 3.

²⁰ Voor de goede orde: ik herhaal mijn eerdere opmerking dat uit het arrest *Fortis/[B]* m.i. geen algemene conclusies mogen worden getrokken voor gevallen waarin een waarschuwingsplicht is verzaakt of zelfs maar voor alle gevallen van beleggingsleed.

zonder meer springt in het oog waarom de aard van de geschonden norm in beide situaties tot een wezenlijk andere uitkomst zou moeten leiden.²¹ 3.15.2. Ik heb voor het onder 3.15.1 kort geschetste probleem geen pasklare oplossing. De strekking van mijn betoog is zeker niet om de Baijings-leer prijs te geven, ook niet voor situaties als daarin beslecht.²² Wél om niet bij iedere zelfs betrekkelijk kleine kans (wat een iets grotere kans is dan “niet zeer klein”) de automatische piloot in te schakelen en een deel van het gevorderde bedrag toe te wijzen. Die gedachte is intussen allerm minst opzienbarend; de meer gangbare opvatting is immers dat ook voor gevallen als beslecht in het Baijings-arrest vereist is dat – in de woorden van mijn ambtgenoot Wuisman – sprake is van een “reële kans” en verderop van “een kans met een voldoende realiteitsgehalte”.²³ Voor het overige meen ik er verstandig aan te doen me bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling te onthouden van verdere uitwerking.

3.16. Volledigheidshalve merk ik nog op dat de opvattingen over de (wenselijkheid van) het verlies van een kansleerstuk in Europees verband sterk uiteenlopen.²⁴ Het leerstuk is in essentie omarmd in art. 3:106 PETL.²⁵

3.17. Los van de dogmatische inkadering is een enigszins vergelijkbare benadering bekend bij de begroting van toekomstige schade.²⁶ In veel gevallen valt over zodanige schade weinig zinnigs te zeggen zodat de rechter moeilijk anders kan dan haar ex aequo et bono te schatten, waarvoor art. 6:97 en art. 6:105 lid 1 BW uitdrukkelijk een basis geeft. In sommige gevallen is zo’n schatting onvermijdelijk een slag in de lucht, maar zij is onontkoombaar om de onaanvaardbare gevolgen van een afwijzing van de vordering te vermijden. Te denken valt aan de “begroting” van inkomensschade van een zéér jeugdig kind dat als gevolg van een ongeval zeer ernstig hersenletsel heeft opgelopen. Volstrekt onduidelijk is hoe het kind zich zou hebben ontwikkeld wanneer het ongeval niet had plaatsgevonden.²⁷ Volgens vaste rechtspraak komt hier betekenis toe aan de omstandigheid dat het de laedens was die deze onzekerheid in het leven heeft geroepen. Toch is ook in dergelijke gevallen niet ondenkbaar dat er geen schade (en daarmee geen causaal verband) is. Zo zou het kind in kwestie, de schadeberokkenende gebeurtenis weggedacht, korte tijd later van een trap hebben kunnen vallen en daardoor om het leven zijn gekomen.

3.18.1. In hun fraaie s.t. onder 22 betogen mrs Tjittes en Den Hoed, onder verwijzing naar opvattingen in de doctrine, dat de leer van verlies van een kans

“ook opgeld [doet] als een beroepsbeoefenaar zijn cliënt onvolledig of onjuist voorlicht en deze op grond van dat ondeugdelijke advies tot een ongunstig besluit (handeling) komt dan wel een profijtelijke (actie of) besluit achterwege laat”.

- 21 Ik deel op zich de mening van Tjong Tjin Tai dat bij letselschade proportionele aansprakelijkheid eerder in de rede ligt dan bij zuivere vermogensschade; zie zijn noot onder NJ 2011/250 onder 3 en 4. Pijs vermoedt dat in het Fortis/[B] arrest een rol heeft gespeeld de wens een dam op te werpen tegen “speculanten” om reeds bij een geringe kans op succes een proces beginnen; zie zijn noot onder het arrest in «JOR» 2011/54 sub 8. Hij neemt aan dat Uw Raad de weg van de proportionele aansprakelijkheid bij “beleggingsschade” geheel heeft willen afsnijden (idem onder 10).
- 22 Tjong Tjin Tai wijst er op dat het leerstuk van verlies van een kans “in veel andere landen” is aanvaard “bij aansprakelijkheid van advocaten e.d.”: onder HR 31 maart 2006, NJ 2011/250 sub 2c. Zie voor een fraai rechtsvergelijkend overzicht van dit leerstuk A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* p. 125 e.v.
- 23 Voor HR 19 januari 2007, LJN AZ6541, NJ 2007, 63 onder 3.4.5. Ik moge verder verwijzen naar zijn uitvoerige beschouwingen op dit punt onder 3.4 e.v. met verdere bronnen; zie ook de s.t. van mrs Tjittes en Den Hoed onder 18 e.v.

24 Zie nader *Digest of European Tort Law*, a.w. p. 589 e.v. (10/29).

25 De formulering van het artikel is wellicht niet heel gelukkig, maar uit de toelichting blijkt dat het mede ziet op het hier besproken leerstuk: *Principles of European Tort Law, Text and Commentary* (Spier) p. 57.

26 Zie nader, ook voor de parallel, *Schadevergoeding art. 105* (Bolt) aant. 1.

27 Zie nader *Schadevergoeding art. 107* (Bolt) aant. 12 e.v.

3.18.2. In de hiervoor verdedigde benadering is dat laatste geen wet van Meden en Perzen. Telkens zal, aan de aan de hand van de criteria van het arrest Fortis/[B], moeten worden beoordeeld of het inderdaad aangewezen is om – kort gezegd – de eisende partij tegemoet te komen op het vlak van het (niet met voldoende zekerheid kunnen vaststellen van het) *condicio sine qua non-verband*.²⁸

3.19. Ik wijs hier met enige nadruk op omdat het illustreert dat de thans bepleite opvatting niet geheel “onschuldig” is.²⁹ Met name ook daarom ben ik begonnen met het opwerpen van de vraag of de tijd al rijp is voor het zetten van de in deze conclusie bepleite stap.

4. Bespreking van het cassatiemiddel

4.1. Onderdeel 1 bevat twee kernklachten die zich beide richten tegen rov. 3.13 – 3.15. Daarin overweegt het Hof:

“3.13. Het hof dient thans opnieuw te beoordelen of [verweerder 1] schade heeft geleden doordat [eiser 1] hem niet heeft geadviseerd over de mogelijkheid van toepassing van de ruilarresten. Daarvoor dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de situatie zoals die zich feitelijk heeft voorgedaan – waarin [eiser 1] niet heeft geadviseerd over de ruilarresten –, en de hypothetische situatie dat [eiser 1] [verweerder 1] wél zou hebben geadviseerd over de mogelijkheid van toepassing van de ruilarresten. Dit brengt mee dat een schatting moet worden gemaakt van de kans dat [verweerder 1], indien [eiser 1] hem wél had geadviseerd over de mogelijkheid van toepassing van de ruilarresten, aan de daarvoor geldende vereisten had kunnen voldoen. [...]”

3.14. [...] Voor toepassing van de ruilarresten was noodzakelijk dat de onderneming van [verweerder 1] in economisch opzicht dezelfde zou zijn geble-

ven. Dit zou vergen dat [verweerder 1] zijn volledige uittreedsom had moeten aanwenden voor inkoop in een andere maatschap. Onzeker is of [verweerder 1] dit zou hebben gedaan. Anderzijds zijn er ook geen gegevens beschikbaar, waaruit is af te leiden dat [verweerder 1] dit zeker níet zou hebben gedaan, zoals [eiser 1] betoogt. Ook overigens heeft het hof geen gegevens aangetroffen, waaruit zou zijn af te leiden dat [verweerder 1] om enige andere reden geen gebruik zou hebben gemaakt of had kunnen maken van de facilititeit van de ruilarresten.

Nu geen van partijen te kennen heeft gegeven over nadere gegevens met betrekking tot de onderhavige kansbepaling te beschikken of op dit punt een gespecificeerd bewijsaanbod heeft gedaan, zal het hof beslissen op basis van de thans beschikbare gegevens.

De goede en kwade kansen tegen elkaar afwegend komt het hof tot een kans van 60% dat [verweerder 1], indien [eiser 1] hem in zijn advies van december 1988 ook had gewezen op de mogelijkheid van toepassing van de ruilarresten, zich daadwerkelijk op deze fiscale facilititeit had kunnen beroepen.

3.15. Voor wat betreft de omvang van de schade dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de belasting die [verweerder 1] feitelijk heeft betaald, en de belasting die hij zou hebben betaald indien hij gebruik zou hebben gemaakt van de fiscale facilititeit van de ruilarresten. Van dit bedrag dient dan 60% door [eiser 1] te worden voldaan aan [verweerder 1]. [...]”

4.2. Met name de onderdelen a en c verwijten het Hof (onder meer) zijn motiveringsplicht te hebben verzaakt. Volgens deze klachten zou hier de motiveringsplicht gelden die is ontwikkeld in het onder 3 besproken arrest Fortis/[B].

4.3.1. Zou men menen dat 's Hof's oordeel is gebaseerd op een schadebegroting als bedoeld in art. 6:97 en 6:105 BW dan faalt de klacht. Immers gelden dergelijke eisen niet voor zo'n begroting. Zoals reeds vermeld onder 3.4 is deze lezing van het bestreden arrest mogelijk, zij het dan ook niet de meest plausibele.

4.3.2. Kennelijk met het oog op deze mogelijke lezing behelst onderdeel 1a nog de klacht dat het Hof heeft miskend dat zodanige begroting slechts mogelijk is als er – kort gezegd – een *condicio sine qua non-verband* is. Op zich is dat juist. M.i. ligt in de hier besproken lezing in 's Hof's oordeel besloten dat dit verband in 's Hof's visie aanwezig is.

28 Dat brengt mee dat de opvatting van Giesen die er, als ik hem goed begrijp, op neerkomt dat bij “een waarschuwplicht ter voorkoming van vermogensschade” nimmer een “proportionele benadering” mogelijk zou zijn ((NTBR 2011/19) te stellig en te algemeen is. Ook op dit punt laten Lindenbergh en Pape zich m.i. terecht voorzichtiger uit (AA 2011 p. 724).

29 Deze benadering strookt met de door Hartkamp en Sieburgh uitgesproken wens tot terughoudendheid, met name ook ten aanzien van beroepsfouten van advocaten (6-II* (2008) nr 80 i.f.). Daarbij teken ik aan dat zij het arrest Fortis/[B] nog niet konden kennen.

4.4.1. Een meer voor de hand liggende lezing van het bestreden arrest is dat het Hof het leerstuk verlies van een kans heeft toegepast. Zoals uiteengezet onder 3 komt het mij voor dat ook in een dergelijke situatie de motiveringseisen van het arrest Fortis/[B] zouden moeten gelden. Als Uw Raad die opvatting onderschrijft, slaagt de klacht. Wordt de bestaande leer toegepast dan faalt zij omdat het Baijings-arrest en ook de daarop gebaseerde doctrine dergelijke eisen (nog) niet stelt.

4.4.2. Denkbaar is ook dat het Hof de leer, ontwikkeld in het arrest Nefalit/[C], heeft willen toepassen. In dat geval slaagt de klacht eveneens omdat dan de in het arrest Fortis/[B] genoemde motiveringseisen door het Hof zijn veronachtzaamd.

4.5. Onderdeel b is onbegrijpelijk omdat het niet aangeeft waarom de 60% kans, waarvan het Hof uitgaat, niet zou mogen (of zelfs moeten) worden aangemerkt als een “reële kans”.

4.6. Met name onderdeel 1c acht, als ik het goed zie, onbegrijpelijk waarom in 's Hofs ogen sprake zou zijn van een kans van 60%. De door het Hof bijgebrachte grond(en) kunnen dat oordeel, volgens [eisers], niet dragen.

4.7.1. Deze klacht faalt. Het Hof heeft zijn oordeel in rov. 3.14 uitvoerig gemotiveerd. Het moge zijn dat daaruit geenszins dwingend blijkt dat de kans 60% is, maar dat is bij een schatting onvermijdelijk. 's Hofs oordeel is gebaseerd op waarderingen van feitelijke aard die zich onttrekken aan toetsing in cassatie. Onbegrijpelijk is zijn oordeel niet, waaraan niet afdoet dat een ander oordeel (dat wil zeggen: een ander percentage) denkbaar was geweest.

4.7.2. Ten overvloede: als een rechter – zoals het Hof in casu, in cassatie niet bestreden, heeft aangenomen – door partijen geen bruikbare gegevens krijgt aangereikt, zit hij in een lastig parket. Als de eisende partij redelijkerwijs in staat zou moeten zijn om nuttige gegevens in geding te brengen, maar dat nalaat, kan de vordering worden afgewezen omdat de stellingen dan onvoldoende zijn onderbouwd. Heeft de gedaagde nagelaten nuttige gegevens op tafel te leggen die hij redelijkerwijs zou moeten hebben dan is de vordering onvoldoende weersproken en kan zij in beginsel worden toegewezen. In een situatie als de onderhavige valt partijen, naar het Hof kennelijk heeft aangenomen, een dergelijk verwijt niet te maken. Bij die stand van zaken kan onvermijdelijk zijn om

een slag te slaan naar de kans, voor zover het gekozen percentage niet in het oog springend willekeurig is.³⁰

4.7.3. Is er werkelijk geen goede grond, wat niet gemakkelijk moet worden aangenomen, om aan te nemen dat de kans in een concreet geval groter of kleiner is dan 50%, dan moet in voorkomende gevallen worden aanvaard dat de rechter in het midden gaat zitten.

4.8. In casu komt het Hof tot een kans van 60%. Een ander percentage was, als gezegd, denkbaar geweest en zou vermoedelijk de begrijpelijkheids-toets eveneens hebben kunnen doorstaan. Het Hof heeft een aantal concrete omstandigheden genoemd waarop zijn oordeel (mede) is gebaseerd. Tegen een deel van die motivering komt onderdeel d op. Het verwijt het Hof, samengevat, niet te zijn ingegaan op de stellingen van [eisers] “dat voor het aanwenden van de gehele uitkoopsom inkoop bij een accountantskantoor vergelijkbaar met P&H nodig zou zijn geweest en dat [verweerder 1] aan dat vereiste niet had kunnen voldoen”.

4.9. Met juistheid wijzen mrs Tjittes en Den Hoed erop dat deze klacht mislukt omdat rov. 3.14 van het bestreden arrest moeilijk anders kan worden begrepen dan aldus dat inkoop in een met P&H vergelijkbaar kantoor geen vereiste was. Dat oordeel wordt in cassatie niet bestreden. Dit oordeel strookt ook met rov. 4.2 van het verwijzingsarrest van Uw Raad.

4.10. Onderdeel 2 richt zich met een groot aantal klachten tegen rov. 3.15 t/m 3.17 van het bestreden arrest.

4.11. In rov. 3.15 noemt het Hof vijf gronden waarom het naar de schadestaat verwijst en mag verwijzen:

a. de stellingen van partijen (dus ook die van [eisers]) zijn nog onvoldoende toegespitst op berekening van de schade (wat een beleefde variant is op: laten nog geen inhoudelijke beoordeling toe);

b. [verweerders] hebben hun eis gewijzigd; deze wijziging wordt toegestaan;

c. het gaat niet om een inhoudelijke eiswijziging;

30 Ik benadruk dat zulks onvermijdelijk kan zijn. Benoeming van een deskundige ligt voor de hand in situaties waarin valt aan te nemen dat deze iets nuttigs over de kans kan zeggen; vergelijk HR 31 maart 2006, LJN AU6092, NJ 2011/250 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai rov. 3.13.

d. [eisers] worden niet onevenredig door de wijziging benadeeld en
e. het Hof heeft deze vrijheid.

4.12.1. Alleen hetgeen wordt vermeld 4.11 sub c en d wordt bestreden. Wat daarvan zij, de overige door het Hof genoemde gronden kunnen zijn oordeel dragen. Dat geldt heel in het bijzonder voor hetgeen is vermeld onder a in samenhang met e. Ook mrs Tjittes en Den Hoed wijzen hierop (s.t. onder 64).

4.12.2. Ten overvloede stip ik nog aan dat het onderdeel niet aanvoert – en dat het Hof ook niet heeft vastgesteld – dat [eisers] zich tegen de eiswijziging hebben verzet.

4.13. Onderdeel 2c betoogt dat er in de onderhavige procedure in elk geval geen ruimte is voor een “ongeclausuleerde” verwijzing naar de schadestaatprocedure omdat de rechter in de schadestaatprocedure gebonden is aan de beslissing van het Hof in rov. 2.17 van het arrest van 24 mei 2007 “dat de overige vorderingen van [verweerder 1], bestaande uit de door [verweerder 1] gevorderde beklemmingsschade, schade bestaande uit waardeerlijs van een huis door gedwongen verkoop met beslagkosten, inkomensschade van [verweerder 1] zelf en vergoeding van de kosten ter vaststelling van schade bestaande uit de declaratie van [betrokkene 1] en advocatenkosten, moeten worden afgewezen.” Volgens het onderdeel heeft het Hof daar immers uitdrukkelijk en zonder voorbehoud over de genoemde vorderingen beslist en zou dat oordeel ook in de daarop volgende cassatieprocedure in stand zijn gebleven.

4.14. Het onderdeel is ongegrond. Het gaat er terecht van uit dat de rechter in de schadestaatprocedure bij de begroting van de schade gebonden is aan de in de hoofdprocedure gegeven bindende eindbeslissingen.³¹ Het Hof heeft deze rechtsregel in rov. 3.15 en 3.16 van het bestreden arrest echter niet miskend. Anders dan het onderdeel kennelijk meent, was het Hof niet gehouden om de verwijzing naar de schadestaatprocedure te “clausueren” in die zin dat het nog eens uitdrukkelijk had moeten vermelden aan welke eerder gegeven oordelen de rechter in de schadestaatprocedure gebonden zou zijn. Het is aan de rechter in de

schadestaatprocedure om vast te stellen op welke punten in de hoofdprocedure reeds een bindende eindbeslissing is gegeven.

Conclusie

Deze conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing ter fine van verdere behandeling en afdoening.

Hoge Raad

1. Het geding

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. het arrest van de Hoge Raad van 5 juni 2009, LJN BH2624, NJ 2009/256;
- b. het arrest in de zaak 200.065.892/00 van het gerechtshof te Amsterdam van 6 september 2011. (...; red.)

2. Het tweede geding in cassatie

(...; red.)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i. [Verweerder 1] was vanaf 1 januari 1983 werkzaam als vennoot bij de accountantsmaatschap [A]. In september 1988 heeft het bestuur van [A] de maatschap opgezegd aan [verweerder 1]. Op 4 oktober 1988 heeft [verweerder 1] aan [eiser 1] (die toen werkzaam was als compagnon in een maatschap die later is opgegaan in Deloitte) opdracht gegeven hem te adviseren over de fiscale consequenties van zijn uittreden bij [A]. Het advies diende gericht te zijn op de fiscale mogelijkheden om de belastingdruk op een door [verweerder 1] te ontvangen uittreedsom te beperken, ervan uitgaande dat [verweerder 1] (die toen 43 jaar was) nadien in enigerlei vorm de accountancy wilde blijven uitoefenen. [Eiser 1] heeft bij brief van 16 december 1988 een advies gegeven (hierna: het advies).

ii. Vanaf december 1988 hebben uittredingsonderhandelingen plaatsgevonden tussen [verweerder 1] en [A]. Op 9 april 1989 hebben [verweerder 1] en [A] overeenstemming bereikt over de voorwaarden van uittreding, waaronder een uittreedsom voor [verweerder 1] van f 1.235.000,=.

31 Zie onder meer HR 11 januari 2002, LJN AD8044, NJ 2003/256 m.nt. HJS rov. 3.3.4 en HR 17 januari 1997, LJN ZC2247, NJ 1997/230, rov. 3.3.

iii. Het advies van [eiser 1] was gebaseerd op de geruisloze inbreng van de onderneming van [verweerder 1] in H&H Beheer. De gedachte was dat de onderneming van de eenmanszaak (de praktijk van [verweerder 1] als maat bij [A]), ingaande 1988, zou worden omgezet in een uiterlijk op 1 april 1989 op te richten vennootschap. [Verweerder 1] had op 16 mei 1988 een intentieverklaring tot het oprichten van de vennootschap getekend (toen nog in het kader van een reorganisatie bij [A]); de vennootschap H&H Beheer is op 22 maart 1989 opgericht.

De belastingdruk zou volgens het advies in dat geval f 405.000,= belopen.

iv. Op 19 januari 1989 is aan de belastingdienst het verzoek gedaan om de uittreedsom van [verweerder 1] geruisloos in te brengen in H&H Beheer. Dit verzoek is afgewezen, hetgeen resulteerde in een aanslag inkomstenbelasting van f 588.333,=. Na bezwaar en beroep hebben [verweerder 1] en de belastingdienst op 20 juni 1996 een compromis gesloten, op grond waarvan [verweerder 1] f 480.000,= aan belasting moest betalen.

v. [Eiser 1] is bij zijn advisering jegens [verweerder 1] toerekenbaar tekortgeschoten door geen melding te maken van de mogelijkheid van de zogenoemde "ruilarresten", en ook door hem een geruisloze inbreng te adviseren, hetgeen geen haalbare mogelijkheid en in feite een onbegaanbare weg was.

3.2. [Verweerders] vorderen in deze procedure vergoeding van de schade als gevolg van de beroepsfout van [eiser 1]. Nadat de rechtbank die vordering had afgewezen, heeft het hof de vordering in zijn arrest van 24 mei 2007 toegewezen tot een bedrag van € 54.285,27 met rente. Dat arrest is door de Hoge Raad bij arrest van 5 juni 2009, LJN BH2624, NJ 2009/256 zowel in principaal als in incidenteel beroep vernietigd. Na verwijzing hebben [verweerders] hun vordering aldus gewijzigd dat zij schadevergoeding op te maken bij staat vorderen. Het hof heeft bij zijn thans bestreden arrest die gewijzigde vordering aldus toegewezen, dat het [eisers] heeft veroordeeld tot betaling van 60% van de schade die [verweerder 1] heeft geleden als gevolg van de door [eiser 1] gemaakte beroepsfout, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

3.3. Voor zover in cassatie van belang, kunnen de overwegingen van het hof als volgt worden samengevat.

a. Beoordeeld moet worden of [verweerder 1] schade heeft geleden doordat [eiser 1] hem niet heeft geadviseerd over de mogelijkheid van toepassing van de ruilarresten. Daarvoor dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de situatie zoals die zich feitelijk heeft voorgedaan – waarin [eiser 1] niet heeft geadviseerd over de ruilarresten – en de hypothetische situatie dat [eiser 1] wel zou hebben geadviseerd over de mogelijkheid van toepassing van de ruilarresten. Dit brengt mee dat een schatting moet worden gemaakt van de kans dat [verweerder 1], indien [eiser 1] hem had geadviseerd over de mogelijkheid van toepassing van de ruilarresten, aan de daarvoor geldende vereisten had kunnen voldoen. Hierbij is relevant dat de onderneming van [verweerder 1] economisch gezien dezelfde zou moeten zijn gebleven. Omdat het gaat om de kansbepaling van een hypothetische situatie, is niet doorslaggevend of [verweerder 1] in de situatie waarin hij zich in 1988-1989 bevond, feitelijk voldeed aan de ruilarresten; hem was immers juist niet geadviseerd over de mogelijkheid van toepassing van de ruilarresten, zodat hij zijn gedrag daarop ook niet heeft kunnen afstemmen. Daarom kan niet van doorslaggevende betekenis worden geacht of bij [verweerder 1] in 1988-1989 een concreet voornemen bestond tot inkoop in een andere accountantsmaatschap. (rov. 3.13)

b. Uit de getuigenverklaringen die ten overstaan van de rechtbank zijn afgelegd, komt naar voren dat [verweerder 1] actief op zoek was naar vormen van samenwerking met andere accountants en dat de benaderde partijen in beginsel geïnteresseerd waren in samenwerking met hem. Dit ondersteunt een positieve inschatting van de kans dat [verweerder 1], in de hypothetische situatie dat [eiser 1] hem wel zou hebben geadviseerd over de mogelijkheid van toepassing van de ruilarresten, actief zou hebben gezocht naar de mogelijkheid van inkoop in een ander (klein of middelgroot) accountantskantoor en dat in die situatie bij de benaderde partijen in beginsel interesse had bestaan. Gelet op de inspanningen die [verweerder 1] feitelijk heeft verricht, acht het hof voldoende aannemelijk dat [verweerder 1], zoals hij heeft gesteld, zijn inspanningen had geïntensiveerd met het doel zich in een ander kantoor in te kopen, indien [eiser 1] hem correct had geadviseerd. (rov. 3.14, eerste helft)

c. Daar staat tegenover dat de gesprekken slechts gedeeltelijk betrekking hadden op inkoop van [verweerder 1], en gedeeltelijk op minder vergaande vormen van samenwerking. Derhalve kan niet worden aangenomen dat zeker is dat [verweerder 1] zich bij een ander kantoor had kunnen inkopen binnen de daarvoor door de ruilarresten gestelde tijd. Voorts was voor toepassing van de ruilarresten noodzakelijk dat de onderneming van [verweerder 1] in economisch opzicht dezelfde zou zijn gebleven, hetgeen zou vergen dat [verweerder 1] zijn volledige uittreedsom had moeten aanwenden voor inkoop in een andere maatschap. Onzeker is of [verweerder 1] dit zou hebben gedaan. Anderzijds zijn er ook geen gegevens beschikbaar, waaruit is af te leiden dat [verweerder 1] dit zeker niet zou hebben gedaan, zoals [eiser 1] betoogt. Ook overigens heeft het hof geen gegevens aange troffen, waaruit zou zijn af te leiden dat [verweerder 1] om enige andere reden geen gebruik zou hebben gemaakt of had kunnen maken van de faciliteit van de ruilarresten. Nu geen van partijen te kennen heeft gegeven over nadere gegevens met betrekking tot de onderhavige kansbepaling te beschikken of op dit punt een gespecificeerd bewijsaanbod heeft gedaan, zal het hof beslissen op basis van de thans beschikbare gegevens. De goede en kwade kansen tegen elkaar afwegend komt het hof tot een kans van 60% dat [verweerder 1], indien [eiser 1] hem in zijn advies van december 1988 ook had gewezen op de mogelijkheid van toepassing van de ruilarresten, zich daadwerkelijk op deze fiscale faciliteit had kunnen beroepen. (rov. 3.14, tweede helft)

d. Wat betreft de omvang van de schade dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de belasting die [verweerder 1] feitelijk heeft betaald, en de belasting die hij zou hebben betaald indien hij gebruik zou hebben gemaakt van de fiscale faciliteit van de ruilarresten. Van dit bedrag dient dan 60% door [eiser 1] te worden voldaan aan [verweerder 1]. (rov. 3.15)

e. De eiswijziging van [verweerder 1] is toelaatbaar. Nu voldoende aannemelijk is dat [verweerder 1] enige schade heeft geleden door de fout van [eiser 1], zal het hof de vordering tot verwijzing naar de schadestaatprocedure toewijzen. Daarin zullen de verschillende schadeposten van [verweerder 1] aan de orde moeten komen, waaronder de gevorderde pensioenschade en de schade als gevolg van het geen melding maken van de mogelijkheid van de ruilarresten. (rov. 3.15 – 3.17)

3.4. Onderdeel 1 is gericht tegen de hiervoor in 3.3 onder (a) tot en met (d) samengevat weergegeven overwegingen.

Volgens onderdeel 1(a) heeft het hof miskend dat condicio-sine-qua-non-verband tussen de beroepsfout van [eiser 1] en de schade van [verweerder 1] vereist is, en bovendien dat de aard van de geschonden norm (te weten de plicht om [verweerder 1] te wijzen op de ruilarresten) en de strekking van de geschonden norm (het voorkomen van vermogensschade) meebrengen dat het onaanvaardbaar is dat het in beginsel op [verweerder 1] rustende bewijsrisico van het condicio-sine-qua-non-verband niet voor rekening van [verweerder 1] wordt gelaten. Met een beroep op het arrest HR 24 december 2010, LJN BO1799, NJ 2011/251 («JOR» 2011/54, m.nt. Pijls; *red.*) (Fortis/[B]) wordt betoogd dat het hof heeft miskend dat de rechter terughoudendheid moet betrachten bij het toepassen van leerstukken zoals kansschade en proportionele aansprakelijkheid, omdat die toepassing de mogelijkheid in zich draagt dat iemand aansprakelijk wordt gehouden voor een schade die hij niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt.

3.5.1. Het onderdeel neemt tot uitgangspunt dat het hof hetzij het leerstuk van de zogenoemde “proportionele aansprakelijkheid” heeft toegepast, hetzij dat van de “kansschade” of “verlies van een kans”. Daaromtrent wordt in zijn algemeenheid als volgt overwogen.

3.5.2. In zijn arrest van 31 maart 2006, LJN AU6092, NJ 2011/250 (Nefalit/[C]) heeft de Hoge Raad de rechtsregel van de proportionele aansprakelijkheid aanvaard. Die houdt in, zeer kort samengevat, dat de rechter in gevallen waarin niet kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door een normschending (onrechtmatig handelen of toerekenbaar tekortschieten) van de aansprakelijk gestelde persoon of van iemand voor wie hij aansprakelijk is, dan wel door een oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf komt (of door een combinatie van beide oorzaken), en waarin de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt niet zeer klein noch zeer groot is, de aansprakelijk gestelde persoon mag veroordelen tot schadevergoeding in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door zijn normschending is veroorzaakt. Daaraan heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 24 december 2010, LJN BO1799, NJ 2011/251 («JOR» 2011/54, m.nt. Pijls; *red.*) (Fortis/[B]) toegevoegd dat de

aldus aanvaarde mogelijkheid van proportionele aansprakelijkheid, vanwege het daaraan verbonden bezwaar dat iemand aansprakelijk kan worden gehouden voor een schade die hij mogelijkwerwijs niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt, met terughoudendheid moet worden toegepast, en dat zulks meebrengt dat de rechter in zijn motivering dient te verantwoorden dat de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending – waaronder is begrepen de aard van de door de benadeelde geleden schade – deze toepassing in het concrete geval rechtvaardigen.

Deze rechtsregel van de proportionele aansprakelijkheid is derhalve geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over het *condicio-sine-qua-non-verband* tussen enerzijds de normschending en anderzijds de (op zichzelf vaststaande of vast te stellen) schade, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat de schade kan zijn veroorzaakt hetzij door de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis, hetzij door een voor risico van de benadeelde komende omstandigheid, hetzij door een combinatie van beide oorzaken.

3.5.3. De Hoge Raad heeft het leerstuk van de kansschade aanvaard in gevallen waarin een advocaat had verzuimd om tijdig hoger beroep in te stellen (HR 24 oktober 1997, LJN ZC2467, NJ 1998/257 (Baijings) en HR 16 februari 2007, LJN AZ0419, NJ 2007/256 («JOR» 2007/112, m.nt. Van Veen en Van Wechem; *red.*) (Tuin Beheer)) of om tijdig een rechtsvordering in te stellen (HR 19 januari 2007, LJN AZ6541, NJ 2007/63 ([D])). In deze gevallen stond op zichzelf de tekortkoming van de advocaat vast, maar was onzeker of een ingesteld hoger beroep of een ingestelde rechtsvordering tot succes voor de cliënt zou hebben geleid, met andere woorden: of de tekortkoming van de advocaat heeft geleid tot schade voor de cliënt, bestaande in een slechtere uitkomst van het geschil dan bij uitblijven van de tekortkoming het geval zou zijn geweest. Vast stond slechts dat de cliënt de kans op een betere uitkomst door de tekortkoming van de advocaat was onthouden. De Hoge Raad heeft voor dit soort gevallen geoordeeld dat de rechter de schade moet vaststellen door te beoordelen hoe de appelrechter, indien wel (tijdig) hoger beroep was ingesteld, had behoren te beslissen, althans dat de rechter het toewijsbare bedrag aan schadevergoeding moet schatten aan de hand van de goede en kwade kansen die

de cliënt in het hoger beroep zou hebben gehad; een overeenkomstige maatstaf geldt voor een te laat ingestelde rechtsvordering.

Opmerking verdient dat, teneinde de leer van de kansschade te kunnen toepassen, eerst beoordeeld moet worden of *condicio-sine-qua-non-verband* aanwezig is tussen de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis (de tekortkoming of onrechtmatige daad) en het verlies van de kans op succes. In de gevallen waarop de hiervoor genoemde arresten van de Hoge Raad betrekking hadden, is dat *condicio-sine-qua-non-verband* echter zonder meer gegeven met het verzuim van de advocaat om (tijdig) het rechtsmiddel of de rechtsvordering in te stellen, en resteert dus slechts de vaststelling van de schade aan de hand van een schatting van de goede en kwade kansen die de cliënt in het (hypothetische) geding zou hebben gehad.

Deze leer van de kansschade is derhalve geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld of en in hoeverre in de hypothetische situatie dat de tekortkoming of onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven, de kans op succes zich in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd.

3.6. In het onderhavige geval heeft het hof geen toepassing gegeven aan de rechtsregel van de proportionele aansprakelijkheid, doch (kennelijk) aan die van de kansschade. Zijn oordeel moet aldus worden verstaan, dat het eerst op grond van de hiervoor in 3.3 onder (b) weergegeven overwegingen voldoende aannemelijk heeft geoordeeld dat [verweerder 1], indien [eiser 1] hem had geadviseerd over de mogelijkheid van de ruilarresten, dat advies zou hebben opgevolgd en zich intensief zou hebben ingespannen zich overeenkomstig de voorwaarden van de ruilarresten in een ander kantoor in te kopen. Aldus heeft het hof het *condicio-sine-qua-non-verband* vastgesteld tussen de tekortkoming van [eiser 1] en het verlies van de kans van [verweerder 1] op een fiscaal gunstiger situatie.

Vervolgens heeft het hof in de hiervoor in 3.3 onder (c) weergegeven overwegingen beoordeeld of [verweerder 1], ervan uitgaande dat hij zich zou hebben ingespannen zich in een ander kantoor in te kopen binnen de voorwaarden die door de ruilarresten worden gesteld, daarin zou zijn

geslaagd. Daarbij wijst het hof erop dat de ruilarresten meebrengen dat zulks binnen een bepaalde tijd moest zijn gerealiseerd en dat de volledige uittreedomsom van [verweerder 1] moest worden aangewend voor inkoop in een andere maatschap. Omdat dit van een aantal onzekere factoren afhankelijk is (waarbij het hof kennelijk vooral het oog heeft op de vraag of binnen de gestelde tijd een kantoor gevonden had kunnen worden waarmee [verweerder 1] overeenstemming kon bereiken en dat een zodanige omvang had dat hij de volledige uittreedomsom kon aanwenden om zich in te kopen), heeft het hof, gelet op het over en weer aangevoerde en onder afweging van de goede en kwade kansen, geoordeeld dat [verweerder 1] een kans van 60% had dat hij zich daadwerkelijk van de fiscale faciliteit van de ruilarresten had kunnen bedienen (rov. 3.14, tweede helft). Aldus heeft het hof, zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting, toepassing gegeven aan het leerstuk van de kansschade.

3.7. Op het voorgaande stuiten de hiervoor in 3.4 samengevatte klachten van onderdeel 1(a) af. Daarbij kan nog opgemerkt worden dat, nu het hof het *condicio-sine-qua-non-verband* tussen de normschending van [eiser 1] en het verlies van de kans van [verweerder 1] op een gunstiger fiscale behandeling heeft vastgesteld volgens de gewone bewijsregels, zonder in dat verband een proportionele benadering te hanteren, geen grond bestaat voor de terughoudende benadering die – in geval van causaliteitsonzekerheid – volgens het arrest Fortis/[B] bij toepassing van proportionele aansprakelijkheid op haar plaats is.

3.8. Volgens onderdeel 1(b) heeft het hof miskend dat voor het oordeel dat [verweerder 1] recht heeft op (enige) vergoeding van schade geleden doordat [eiser 1] hem niet op de ruilarresten heeft gewezen, vereist is dat ten minste sprake is van een reële kans dat [verweerder 1] had kunnen voldoen aan de vereisten van de ruilarresten.

Het onderdeel neemt terecht tot uitgangspunt dat (na vaststelling van het *condicio-sine-qua-non-verband* tussen de normschending en het verlies van de kans op succes) slechts ruimte bestaat voor het vaststellen van de schade aan de hand van een schatting van de goede en kwade kansen die de benadeelde zou hebben gehad wanneer die kans hem niet was ontnomen, indien het gaat om een reële (dat wil zeggen niet zeer kleine) kans op succes. Het hof heeft dat evenwel niet miskend, nu het heeft geoordeeld dat [verweerder 1] een

kans van 60% zou hebben gehad dat hij zich op de fiscale faciliteit van de ruilarresten had kunnen beroepen indien [eiser 1] hem juist had geadviseerd. Het onderdeel treft derhalve geen doel.

3.9. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt [eisers] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerders] begroot op € 781,34 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris.

NOOT

Verlies van een kans, art. 6:98, 6:99 en 6:101 BW

1. In de kern oordeelt de Hoge Raad in dit arrest dat de terughoudende benadering die volgens het arrest (Fortis/Bourgonje)¹ past bij toepassing van proportionele aansprakelijkheid, niet geldt bij het leerstuk van de kansschade, omdat geen sprake is van onzekerheid over het *condicio sine qua non-verband* tussen de normschending en het verlies van een kans. De vraag is of dat terecht is. In deze noot gaan wij allereerst in op proportionele oplossingen bij onzeker causaal verband. Wij zullen daarvan een aantal voorbeelden uit de rechtspraak geven. Vervolgens zullen wij een vergelijking maken tussen Fortis/Bourgonje en het onderhavige arrest. Onze conclusie zal zijn dat het door de Hoge Raad gemaakte onderscheid tussen de toepassingvereisten voor proportionele aansprakelijkheid en het leerstuk van de kansschade niet goed houdbaar is, en er toe zal leiden dat eisers voortaan zullen kiezen voor het gebruik van laatstgenoemd leerstuk.

2. Indien de rechter moet beoordelen of er *condicio sine qua non-verband* bestaat tussen een onrechtmatige daad of wanprestatie en bepaalde schade, zal hij dat in het algemeen aan de hand

¹ LJN BO1799.

van de toepasselijke regels van bewijsrecht over bewijslastverdeling en bewijswaardering doen. Meestal kan het antwoord op de vraag naar het csqn-verband relatief eenvoudig worden beantwoord. Voldoende is "een redelijke mate van waarschijnlijkheid".² Indien daarvan sprake is wordt csqn-verband tussen fout en schade aangenomen, anders niet. Maar soms blijft er substantiële twijfel bestaan. Dat speelt bijvoorbeeld vaak bij ten onrechte niet gegeven waarschuwingen of verkeerd gegeven adviezen. Zou de adressant deze waarschuwing of dat advies hebben opgevolgd? Of bij het laten verlopen van een appeltermijn. Wat zou de uitkomst van het hoger beroep zijn geweest? Er kan dan, bijvoorbeeld vanuit de gedachte van effectieve rechtsbescherming, aanleiding zijn om de eiser tegemoet te komen in zijn bewijslast. De rechter staan daarvoor diverse technieken ten dienste. Te denken valt aan proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel en bewijslastverlichting, al of niet in combinatie met eigen schuld.³ In deze noot gaan wij alleen in op de proportionele aansprakelijkheid en het daarvan of daarbinnen te onderscheiden leerstuk van het verlies van een kans.

3. Het probleem dat hier speelt hangt samen met de omstandigheid dat schade een causaal begrip is. Hier is op beeldende wijze op gewezen door Bloembergen:⁴

"Schade is een causaal begrip. Daarmee bedoel ik, dat de schade niet te omschrijven is zonder nadrukkelijk of stilzwijgend in de omschrijving op te nemen, dat zij door een bepaalde gebeurtenis veroorzaakt is. Schade is altijd het gevolg van een zekere gebeurtenis; het is een – nadelige – verandering, die er zonder invloed van die gebeurtenis niet zou zijn geweest (...) Het is vooral goed zich dit causale karakter van het

schadebegrip voor ogen te houden, als er naast de onrechtmatige daad nog een andere schade-toebrengende gebeurtenis in het spel is. Men kan dan tweërlei redeneermethode volgen. In de eerste plaats kan men als uitgangspunt nemen, dat er schade geleden is en zich vervolgens afvragen, wat nu de oorzaak van die schade is: de onrechtmatige daad of de andere gebeurtenis. Men kan zich echter ook afvragen: is er wel schade geleden, want zou precies dezelfde situatie niet zonder de onrechtmatige daad ontstaan zijn. Een voorbeeld ter verduidelijking: Als het gaat om de vaststelling van de schade, die het gevolg is van een onrechtmatig beslag op een schip, kan als verweer worden gevoerd, dat dit schip toch niet zou zijn gebruikt, bijv. omdat het gerepareerd moest worden. Dit verweer nu kan ingekleed worden in de vorm: er is geen stillig-schade, want het schip zou toch niet gevaren hebben, maar ook in de vorm: het causaal verband tussen onrechtmatig beslagen stillig-schade ontbreekt, want zonder dat beslag zou het schip ook stil gelegen hebben."

4. Deze uitwisselbaarheid van redeneermethoden brengt mee dat ook proportionele oplossingen bij onzeker causaal verband dogmatisch gezien langs twee verschillende wegen kunnen worden bereikt.⁵ In de eerste plaats kan men deze figuur benaderen als een probleem van onzekere causaliteit. Men neemt dan de realiteit van de schade als uitgangspunt en vraagt zich af of zij wel werd veroorzaakt door de fout. Maar men kan deze figuur ook benaderen als een probleem van onzekere schade. Men neemt dan de realiteit van de fout als uitgangspunt en vraagt zich af of er wel werkelijk sprake is van schade. Het perspectief is verschillend en de daarbij behorende dogmatische inkadering ook. Omdat in deze context schade en causaliteit twee kanten van dezelfde medaille zijn, lijkt het voor de hand te liggen dat de uitkomst in essentie dezelfde is. Te meer als men bedenkt dat, zoals het voorbeeld van Bloembergen laat zien, met enige goede wil elke casus, waarvoor een

2 Vaste rechtspraak. Zie Groene Serie, *Schadevergoeding* (Boonekamp), BW boek 6, art. 98, aant. 13.1.

3 Zie hierover uitvoerig A.J. Akkermans en Chr. H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012, p. 157-177.

4 Zie A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht 1965), Kluwer, Deventer, 1965, p. 14-15.

5 Zie A.J. Akkermans, 'Grondslagen voor proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband', in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen, J.G.A. Linssen (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel* (p. 105-115). Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1997.

proportionele benadering een oplossing kan zijn, kan worden geformuleerd als een kwestie van causaal verband *en* als een kwestie van schade, ook al ligt het ene soms meer voor de hand dan het andere. Zo zou de arts bij een gemiste diagnose van een ziekte kunnen stellen dat er geen schade is, omdat de patiënt toch niet genezen zou zijn, maar ook dat het causaal verband tussen de fout en de schade ontbreekt, omdat zonder de fout de schade ook zou zijn ingetreden. Twee verschillende zijden van dezelfde medaille.⁶

5. Het leerstuk van verlies van een kans is een benadering van het onderwerp vanuit het leerstuk van de schade. De kern van dit leerstuk is de gedachtegang dat de benadeelde door de fout in ieder geval een kans heeft verloren op een gunstiger uitkomst. Het csqn-verband met de definitieve schade (gerelateerd aan de werkelijke toestand waarin de benadeelde verkeert) moge onzeker zijn, maar het csqn-verband met het verlies van de kans om beter uit te zijn (de kansschade) staat wél vast. Daarom wordt de gedaagde veroordeeld tot vergoeding van die kans. Er wordt dus als het ware een gedachtesprong gemaakt van de ene schade (de definitieve schade) naar de andere (de kansschade). Men moet wel bedenken dat of door toepassing van het kansleerstuk een vraag van schadeberekening wordt opgelost, of een van causaal verband, uitsluitend wordt bepaald door de gekozen invalshoek. Er is daarom niet aan te ontkomen dat het leerstuk van het verlies van een kans een fundamentele relativering van het csqn-verband inhoudt. Indirect wordt het traditionele causaliteitsleerstuk immers toch ter discussie gesteld.⁷

6. De benadering van het onderwerp vanuit de schade en het leerstuk van het verlies van een kans vindt men vooral bij medische fouten in de lagere rechtspraak. Zo stapten rechtbank en hof

in Wever/De Kraker⁸ af van beantwoording van de vraag of tijdige diagnose van een hersenbloeding bij een baby wel of niet tot een beter behandelingsresultaat zou hebben geleid, en kenden vergoeding toe voor het verlies van een kans op dat betere behandelingsresultaat, begroot op 25%.⁹ Vergoeding voor het verlies van een kans bij advocaten die een appeltermijn laten verlopen of op andere wijze een vordering of rechtsmiddel ten onrechte onbenut laten, heeft de Hoge Raad voor het eerst aanvaard in het Baijings-arrest uit 1997. Voor zover daarover nog twijfel kon bestaan heeft de Hoge Raad die in de hier besproken uitspraak weggenomen: "3.5.3. De Hoge Raad heeft het leerstuk van de kansschade aanvaard in gevallen waarin een advocaat had verzuimd om tijdig hoger beroep in te stellen (HR 24 oktober 1997, LJN ZC2467, NJ 1998/257 (Baijings) en HR 16 februari 2007, LJN AZ0419, NJ 2007/256 (Tuin Beheer)) of om tijdig een rechtsvordering in te stellen (HR 19 januari 2007, LJN AZ6541, NJ 2007/63 ([D])). In deze gevallen stond op zichzelf de tekortkoming van de advocaat vast, maar was onzeker of een ingesteld hoger beroep of een ingestelde rechtsvordering tot succes voor de cliënt zou hebben geleid, met andere woorden: of de tekortkoming van de advocaat heeft geleid tot schade voor de cliënt, bestaande in een slechtere uitkomst van het geschil dan bij uitblijven van de tekortkoming het geval zou zijn geweest. Vast stond slechts dat de cliënt de kans op een betere uitkomst door de tekortkoming van de advocaat was onthouden. De Hoge Raad heeft voor dit soort gevallen geoordeeld dat de rechter de schade moet vaststellen door te beoordelen hoe de appelrechter, indien wel (tijdig) hoger beroep was ingesteld, had behoren te beslissen, althans dat de rechter het toewijsbare bedrag aan schadevergoeding moet schatten aan de hand van de goede en kwade kansen die de cliënt in

6 Vgl. A.J. Akkermans, 'Theorie en praktijk van proportionele aansprakelijkheid', p. 90-91, in: *Proportionele aansprakelijkheid* (red. Akkermans, Faure en Hartlief) BJU 2000 Den Haag.

7 A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, diss. 1997, par. 3.14.12 t/m 3.4.18 en p. 445.

8 Rb. Amsterdam 15 december 1993, Hof Amsterdam 4 januari 1996 (Wever/De Kraker) of (baby Ruth), NJ 1997, 213, TvGr 1997, 58-66, m.nt. De Ridder, A&V 1996, 67-71, m.nt. Akkermans (beschikbaar op <http://dare.uvu.vu.nl/handle/1871/16250>);

9 Akkermans en Van Dijk, AV&S, a.w., p. 158.

het hoger beroep zou hebben gehad; een overeenkomstige maatstaf geldt voor een te laat ingestelde rechtsvordering.

(...)

Deze leer van de kansschade is derhalve geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld of en in hoeverre in de hypothetische situatie dat de tekortkoming of onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven, de kans op succes zich in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd.”

Ook bij de hier aan de orde zijnde situaties valt eenvoudig in te zien dat schade en causaliteit zijn twee zijden zijn van dezelfde medaille. De advocaat die heeft verzuimd tijdig hoger beroep in te stellen zou zich ook kunnen verweren door te stellen dat het causaal verband tussen de fout en de schade ontbreekt omdat zijn cliënt in hoger beroep toch nooit gelijk zou hebben gekregen.

7. Ook de benadering vanuit het leerstuk van causaal verband vindt in de rechtspraak toepassing. Zij werd op 31 maart 2006 door de Hoge Raad aanvaard in het arrest (Nefalit/Keramus).¹⁰ Keramus had bij Nefalit gewerkt en was tijdens zijn werk onrechtmatig bloot gesteld aan asbest. Tevens rookte hij fors. Hij kreeg longkanker die zowel door de asbestblootstelling als door het roken kon zijn veroorzaakt. Vaststellen waardoor de longkanker was ontstaan is echter niet mogelijk. De door de rechter ingeschakelde deskundigen schatten de kans dat de longkanker was veroorzaakt door asbestblootstelling op 55%. De in die zaak door de Hoge Raad gekozen oplossing vat hij thans als volgt samen:

“Die houdt in, zeer kort samengevat, dat de rechter in gevallen waarin niet kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door een normschending (onrechtmatig handelen of toerekenbaar tekortschieten) van de aansprakelijk gestelde persoon of van iemand voor wie hij aansprakelijk is, dan wel door een oorzaak die

voor risico van de benadeelde zelf komt (of door een combinatie van beide oorzaken), en waarin de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt niet zeer klein noch zeer groot is, de aansprakelijk gestelde persoon mag veroordelen tot schadevergoeding in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door zijn normschending is veroorzaakt.”

In deze zaak had Nefalit het verweer gevoerd dat het causaal verband tussen de asbestblootstelling en de longkanker ontbrak, omdat ook zonder de asbestblootstelling de longkanker zou zijn ontstaan. Ook hier had dit verweer tevens als een kwestie van schade kunnen worden geformuleerd: er was geen schade, want Keramus zou door het roken sowieso longkanker hebben gekregen. En de uitkomst dat 55% van de bij Keramus ingetreden schade moest worden vergoed, kan worden aangeduid als vergoeding voor het verlies van de kans om, ondanks het roken, toch gevrijwaard te blijven van longkanker.

8. De benadering uit Nefalit/Keramus komt opnieuw aan de orde in de door de Hoge Raad op 24 december 2010 beoordeelde zaak Fortis/Bourgonje.¹¹ Bourgonje, een ervaren ondernemer in de IT-sector, heeft een door hem gesticht bedrijf in 1999 – dus vrij kort voor de dot.com crisis – verkocht aan Predictive Systems, een Amerikaans bedrijf genoteerd aan de NASDAQ. De koopsom werd voldaan in 743.970 aandelen Predictive. Krachtens Amerikaanse voorschriften mocht een groot deel van deze aandelen – 669.573 stuks – niet worden verkocht voor 11 augustus 2000 (de “lock-up periode”). Op 20

10 HR 31 maart 2006, LJN AU6092, zie hierover ook Akkermans en Van Dijk *AV&S* 2012, p. 159.

11 HR 24 december 2010, LJN BO1799, zie over dit oordeel o.m. A.C.W. Pijls, noot bij Fortis/Bourgonje, «JOR» 2011/54; V.M. Neering, noot bij Fortis/Bourgonje, *BB* 2011/26; S.D. Lindenbergh & S.B. Pape, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband: deel 2’, *AA* 2011, p. 720-725 (AA20110720); A.A. Ettema, noot bij Fortis/Bourgonje, *ONDR* 2011/33. Minder kritisch formulerend, maar in essentie nauwelijks positiever is T.F.E. Tjong Tjin Tai, noot bij Fortis/Bourgonje, *NJ* 2011/251. Zeer kritisch, maar meer vanwege de uitkomst: I. Giesen, ‘(Dis)Proportionele aansprakelijkheid’, *NTBR* 2011/19, Akkermans en Van Dijk, *AV&S* 2012 a.w.

april 2000 sloten Bourgonje en zijn vrouw met (een rechtsvoorganger van) Fortis een overeenkomst van vermogensbeheer. De doelstelling van het beheer was vermogensgroei op de lange termijn. Met het oog op risicospreiding was een verdeling in soorten beleggingen afgesproken. Het beheer zou zich uit gaan strekken tot ongeveer 80 miljoen gulden, 10 miljoen direct en 70 miljoen nadat Bourgonje de aandelen Predictive zou hebben verkocht. In april 2000 noteerden deze aandelen 40 Amerikaanse dollar en in augustus, toen Bourgonje gerechtigd werd deze te verkopen, 20 dollar. Uiteindelijk zijn de aandelen niet verkocht en waren zij ten tijde van het uitbrengen van de dagvaarding nog 1 à 2 dollar waard. Bourgonje stelt dat Fortis toerekenbaar tekort is geschoten in haar verplichtingen die voortvloeien uit de beheerovereenkomst, omdat zij na afloop van de "lock-up"-periode had moeten adviseren de aandelen zo snel mogelijk te verkopen.

De eerste vraag die hier speelde is of Fortis Bourgonje had moeten adviseren/waarschuwen, waar zij dat heeft nagelaten. Het hof meent van wel, maar overweegt tevens dat niet zonder meer kan worden aangenomen dat Bourgonje het advies ook zou hebben opgevolgd. De kans dat hij dit gedaan zou hebben acht het hof "niet bijzonder groot", maar wel "minstens tot op zekere hoogte waarschijnlijk". Een en ander afwegend oordeelt het hof dat er een 50% kans was dat het advies zou zijn gevolgd. De Hoge Raad casseert zowel het oordeel dat Fortis zijn waarschuwingsplicht heeft geschonden, als het oordeel dat 50% van de schade moet worden vergoed. Beide oordelen zijn begrijpelijk omdat uit de casus lijkt te volgen dat Bourgonje met betrekking tot de aandelen Predictive eigenlijk deskundiger was dan Fortis.

In Fortis/Bourgonje volgt dat voor het antwoord op de vraag of voor toepassing van proportionele aansprakelijkheid aanleiding bestaat een analyse dient plaats te vinden aan de hand van de strekking van de geschonden norm, de aard van de normschending en de aard van de schade. Die toepassing is niet beperkt tot bepaalde categorieën van gevallen, maar terughoudendheid is geboden en toepassing kan slechts plaatsvinden in uitzonderlijke, van geval tot geval te beoordelen omstandigheden. Bij een rechterlijk oordeel dient van de aanwezigheid van die omstandigheden in de motivering ver-

antwoording te worden afgelegd. Vanwege de in Fortis/Bourgonje geschonden norm (waarschuwingsplicht van een vermogensbeheerder), de strekking van de geschonden norm (het voorkomen van vermogensschade) en het onbestreden oordeel van het hof dat de kans dat Bourgonje zich zonder meer en onverwijld zou hebben neergelegd bij een uitdrukkelijk advies "niet bijzonder groot" te noemen was, brengt de hier geboden terughoudendheid volgens de Hoge Raad mee dat "in een zodanig geval" geen proportionele aansprakelijkheid moet worden toegepast. Hoewel niet geheel duidelijk, lijkt dit niet te betekenen dat proportionele aansprakelijkheid bij vermogensschade nimmer op zijn plaats is. Dit zou ook onverenigbaar zijn met de hiervoor genoemde uitspraken over fouten van advocaten, waar de belangen eveneens uitsluitend financieel van aard zijn.¹²

9. In zijn conclusie voor het hier besproken arrest wijst A-G Spier op de ruime mogelijkheid die in het Baijings-arrest bij het verlies van een kans wordt geboden om – kort gezegd – een deel van het gevorderde bedrag als schade toe te wijzen.¹³ Die lijkt op het eerst gezicht inderdaad moeilijk te verzoenen met de terughoudendheid die volgens Fortis/Bourgonje zou zijn geboden. Wij vragen ons af of dat niet vooral komt door de reden die de Hoge Raad geeft voor die terughoudendheid. Deze moet volgens de Hoge Raad worden betracht vanwege "het bezwaar dat toepassing daarvan de mogelijkheid in zich draagt dat iemand aansprakelijk wordt gehouden voor schade die hij niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt."¹⁴ Deze reden spreekt niet aan. Dat iemand voor meer schade aansprakelijk wordt gehouden dan hij heeft veroorzaakt, is immers slechts één kant van de medaille, die ziet op de mogelijkheid dat in werkelijkheid geen csqn-verband bestaat, of dat de kans daarop te groot wordt ingeschat. De

12 Zie Akkermans van Van Dijk, *AV&S* 2012, a.w. o.a. p. 175 en de daar genoemde noot 35 voor de diverse opvattingen.

13 Conclusie voor het arrest van 21 december 2012, randnr. 3.14.

14 J.H. Nieuwenhuis is mede om deze reden een verklaard tegenstander van proportionele aansprakelijkheid, zie 'Disproportionele aansprakelijkheid', *RM Themis* 2006, p. 177-178.

andere kant van de medaille is de mogelijkheid dat in werkelijkheid wél csqn-verband bestaat, of dat de kans daarop te klein wordt ingeschat, en dat iemand dus slechts aansprakelijk wordt gehouden voor *minder* dan hij heeft veroorzaakt. Juist omdat sprake is van onzekerheid, en wij nooit zullen weten wie van de gedaagden “te veel” betaalt en wie “te weinig”, doet de proportionele benadering het meeste recht aan de belangen van eiser *en* gedaagde. Naar onze mening moet de reden waarom de proportionele benadering terughoudend moet worden toegepast veeleer worden gezocht in het feit dat het gaat om bepaalde problematische gevallen van onzeker causaal verband. De benadering is bedoeld voor die uitzonderingsgevallen waarin het redelijker is om die onzekerheid over partijen te verdelen dan deze volledig voor risico van een van hen te laten komen. In de meeste gevallen zal het aanvaardbaar zijn dat de rechter aan de hand van de toepasselijke regels van bewijslastverdeling en bewijswaardering oordeelt wie de bewijslast krijgt, en daarmee dat risico moet dragen.

10. Dat het schenden van de advies/waarschuwingsplicht niet alleen aangevlogen kan worden vanuit het perspectief van causaal verband – zoals in het arrest Fortis/Bourgonje – maar ook vanuit dat van schade, kan ook worden geïllustreerd aan de hand van de casus die aan het hier besproken arrest ten grondslag ligt. De benadeelde was vennoot van een accountantsmaatschap. De maatschap werd aan hem opgezegd. Daarop heeft hij zijn adviseur opdracht gegeven hem te adviseren over de fiscale consequenties van zijn uittreden uit de maatschap. Het advies was gericht op de fiscale mogelijkheden om de belastingdruk op een door benadeelde te ontvangen uittreedsom te beperken, ervan uitgaande dat benadeelde nadien in enigerlei vorm de accountancy wilde blijven uitoefenen. Het advies van de adviseur was gebaseerd op de geruisloze inbreng van de onderneming van benadeelde in H&H Beheer. Door deze geruisloze inbreng zou de belastingdruk beperkt zijn. De belastingdienst heeft het verzoek daartoe niet gehonoreerd, waardoor benadeelde veel meer belasting moest betalen. Vaststaat dat de adviseur jegens benadeelde toerekenbaar is tekortgeschoten door geen melding te maken van de mogelijkheid van de zogenoemde “ruilarresten”, en ook door hem een geruisloze inbreng te adviseren,

hetgeen in feite een onbegaanbare weg was. Vervolgens lag de vraag voor of benadeelde hierdoor schade had geleden. Daarvoor diende een vergelijking te worden gemaakt tussen de situatie zoals die zich feitelijk heeft voorgedaan – waarin de adviseur niet heeft geadviseerd over de ruilarresten – en de hypothetische situatie dat hij dit wel zou hebben gedaan.

Het hof overweegt:

“3.13. Het hof dient thans opnieuw te beoordelen of [verweerder 1] schade heeft geleden doordat [eiser 1] hem niet heeft geadviseerd over de mogelijkheid van toepassing van de ruilarresten. Daarvoor dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de situatie zoals die zich feitelijk heeft voorgedaan – waarin [eiser 1] niet heeft geadviseerd over de ruilarresten – en de hypothetische situatie dat [eiser 1] [verweerder 1] wél zou hebben geadviseerd over de mogelijkheid van toepassing van de ruilarresten. Dit brengt mee dat een schatting moet worden gemaakt van de kans dat [verweerder 1], indien [eiser 1] hem wél had geadviseerd over de mogelijkheid van toepassing van de ruilarresten, aan de daarvoor geldende vereisten had kunnen voldoen. [...]

3.14. [...] Voor toepassing van de ruilarresten was noodzakelijk dat de onderneming van [verweerder 1] in economisch opzicht dezelfde zou zijn gebleven. Dit zou vergen dat [verweerder 1] zijn volledige uittreedsom had moeten aanwenden voor inkoop in een andere maatschap. Onzeker is of [verweerder 1] dit zou hebben gedaan. Anderzijds zijn er ook geen gegevens beschikbaar, waaruit is af te leiden dat [verweerder 1] dit zeker niet zou hebben gedaan, zoals [eiser 1] betoogt. Ook overigens heeft het hof geen gegevens aangetroffen, waaruit zou zijn af te leiden dat [verweerder 1] om enige andere reden geen gebruik zou hebben gemaakt of had kunnen maken van de faciliteit van de ruilarresten. Nu geen van partijen te kennen heeft gegeven over nadere gegevens met betrekking tot de onderhavige kansbepaling te beschikken of op dit punt een gespecificeerd bewijsaanbod heeft gedaan, zal het hof beslissen op basis van de thans beschikbare gegevens.

De goede en kwade kansen tegen elkaar afwegend komt het hof tot een kans van 60% dat [verweerder 1], indien [eiser 1] hem in zijn advies van december 1988 ook had gewezen op de

mogelijkheid van toepassing van de ruilarresten, zich daadwerkelijk op deze fiscale faciliteit had kunnen beroepen.

3.15. Voor wat betreft de omvang van de schade dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de belasting die [verweerder 1] feitelijk heeft betaald, en de belasting die hij zou hebben betaald indien hij gebruik zou hebben gemaakt van de fiscale faciliteit van de ruilarresten. Van dit bedrag dient dan 60% door [eiser 1] te worden voldaan aan [verweerder 1]. [...]”

11. Door de adviseur wordt in cassatie betoogd dat het hof heeft miskend dat de rechter terughoudendheid moet betrachten bij het toepassen van leerstukken zoals kansschade en proportionele aansprakelijkheid, omdat die toepassing de mogelijkheid in zich draagt dat iemand aansprakelijk wordt gehouden voor een schade die hij niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt.

De Hoge Raad laat het uitvoerig gemotiveerde oordeel van het hof dat is gebaseerd op waarderings van feitelijke aard in stand. De Hoge Raad verwerpt het cassatie beroep:

“3.6. In het onderhavige geval heeft het hof geen toepassing gegeven aan de rechtsregel van de proportionele aansprakelijkheid, doch (kennelijk) aan die van de kansschade. Zijn oordeel moet aldus worden verstaan, dat het eerst op grond van de hiervoor in 3.3 onder (b) weergegeven overwegingen voldoende aannemelijk heeft geoordeeld dat [verweerder 1], indien [eiser 1] hem had geadviseerd over de mogelijkheid van de ruilarresten, dat advies zou hebben opgevolgd en zich intensief zou hebben ingespannen zich overeenkomstig de voorwaarden van de ruilarresten in een ander kantoor in te kopen. Aldus heeft het hof het *condicio-sine-qua-non* verband vastgesteld tussen de tekortkoming van [eiser 1] en het verlies van de kans van [verweerder 1] op een fiscaal gunstiger situatie.

Vervolgens heeft het hof in de hiervoor in 3.3 onder (c) weergegeven overwegingen beoordeeld of [verweerder 1], ervan uitgaande dat hij zich zou hebben ingespannen zich in een ander kantoor in te kopen binnen de voorwaarden die door de ruilarresten worden gesteld, daarin zou zijn geslaagd. Daarbij wijst het hof erop dat de ruilarresten meebrengen dat zulks binnen een bepaalde tijd moest zijn gerealiseerd en dat de volledige uittreedsom van [verweerder 1] moest worden aangewend voor inkoop in een andere

maatschap. Omdat dit van een aantal onzekere factoren afhankelijk is (waarbij het hof kennelijk vooral het oog heeft op de vraag of binnen de gestelde tijd een kantoor gevonden had kunnen worden waarmee [verweerder 1] overeenstemming kon bereiken en dat een zodanige omvang had dat hij de volledige uittreedsom kon aanwenden om zich in te kopen), heeft het hof, gelet op het over en weer aangevoerde en onder afweging van de goede en kwade kansen, geoordeeld dat [verweerder 1] een kans van 60% had dat hij zich daadwerkelijk van de fiscale faciliteit van de ruilarresten had is kunnen bedienen (rov. 3.14, tweede helft). Aldus heeft het hof, zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting, toepassing gegeven aan het leerstuk van de kansschade.”

12. Zoals de Hoge Raad terecht constateert is het arrest van het hof gezet in de sleutel van het verlies van een kans. De Hoge Raad creëert naar onze mening echter een schijntegenstelling door te overwegen:

“3.7. (...) nu het hof het *condicio-sine-qua-non* verband tussen de normschending van [eiser 1] en het verlies van de kans van [verweerder 1] op een gunstiger fiscale behandeling heeft vastgesteld volgens de gewone bewijsregels, zonder in dat verband een proportionele benadering te hanteren, geen grond bestaat voor de terughoudende benadering die – in geval van causaliteitsonzekerheid – volgens het arrest Fortis/[B] bij toepassing van proportionele aansprakelijkheid op haar plaats is.”

13. Omdat bij causaliteitsonzekerheid nooit zekerheid zal kunnen worden verkregen over de vraag of de schade zou zijn ontstaan in de hypothetische situatie zonder fout – in dit geval een foutief advies – laat men de vraag naar het causaal verband met de “definitieve schade” voor wat zij is en richt men zich op de “kansschade”. Het causaal verband met deze schade staat, zoals de Hoge Raad overweegt, inderdaad wel vast. Dat neemt echter niet weg dat er causaliteitsonzekerheid blijft bestaan met de *definitieve* schade. Omdat het verlies van een kans door het hof volgens de gewone bewijsregels is vastgesteld, meent de Hoge Raad dat er daarom geen grond bestaat voor de terughoudendheid die volgens Fortis/Bourgonje is geboden bij proportionele aansprakelijkheid. Vermoedelijk is hij daarbij geïnspireerd door literatuur waarin is betoogd dat een onderscheid moet worden

gemaakt tussen enerzijds proportionele aansprakelijkheid en anderzijds het leerstuk van het verlies van een kans, onder andere door Tjong Tjin Tai in zijn noot bij Nefalit/Karamus.^{15, 16}

Tjong Tjin Tai voorziet zijn onderscheid van de nodige nuance, maar wij menen dat zijn voorstelling van zaken toch minder gelukkig is. Tjong Tjin Tai baseert zich op het onderscheid dat bij het leerstuk van het verlies van een kans vast zou moeten staan dat de fout heeft geleid tot een "schadevoorval" en dat alleen de omvang van de schade onzeker is, terwijl bij proportionele aansprakelijkheid juist niet vast zou staan dat de fout heeft geleid tot een schadevoorval. Dit onderscheid valt dogmatisch gezien zeker te maken, maar anders dan Tjong Tjin Tai meent, is dat geenszins dwingend. Zoals gezegd zijn beide benaderingen in hoge mate uitwisselbaar. Hiervoor is al aangegeven dat een casus als Nefalit/Karamus, die Tjong Tjin en de Hoge Raad onderbrengen in de categorie proportionele aansprakelijkheid, men ook kan spreken van het toebrengen van een kansschade, namelijk van het verlies van een kans om, ondanks het roken, toch gevrijwaard te blijven van longkanker.¹⁷ Het toebrengen van deze kansschade door de blootstelling aan asbest kan dan weer worden aangemerkt als een "schadevoorval", en dan is het betreffende onderscheid weggeredeneerd. Andersom geldt dit ook. Het onderscheid is vooral een kwestie van verschil in juridische techniek.

14. In beide gevallen gaat het om in essentie hetzelfde fenomeen.¹⁸ De onzekerheid die de juridische besluitvorming parten speelt is zowel in Fortis/Bourgonje (proportionele aansprakelijkheid) als in het arrest van 21 december 2012 (verlies van een kans) gelegen in de onzekerheid over de hypothetische toestand waarin de bena-

deelde zou hebben verkeerd indien geen fout zou zijn gemaakt. Dat in Fortis/Bourgonje *niet vast stond* dat Bourgonje een waarschuwing zou hebben opgevolgd en in het arrest van 21 december 2012 wel werd aangenomen dat de benadeelde het advies ter harte zou hebben genomen en geprobeerd zou hebben aan de voorwaarden van de ruilarresten te voldoen, maakt dit niet anders. In beide zaken is sprake van genoemde onzekerheid. Waar precies in een mogelijke causale keten de onzekerheid zit – bij het al of niet willen opvolgen van een advies, zoals in Fortis/Bourgonje, of bij het al of niet uitvoering kunnen geven aan een advies, zoals in deze zaak, doet de onzekerheid over de uitkomst in de hypothetische situatie zonder fout niet minder zijn, noch anders van aard, althans niet zodanig dat het verschil het hier aangenomen onderscheid in toepassingsvoorwaarden zou kunnen rechtvaardigen. Te bedenken valt dat bij beide benaderingen de uitkomst in essentie hetzelfde is, en ook de wezenlijke vragen, zoals die naar wenselijkheid, overtuigingskracht en afbakening, in beide gevallen hetzelfde zijn.¹⁹

15. Concluderend lijkt de Hoge Raad in het hier besproken arrest, ondanks dat hij daarop door A-G Spier in heldere bewoordingen is gewezen, niet onder ogen te hebben willen zien dat de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans, en de causale benadering uit Nefalit/Karamus, slechts verschillen in de gekozen dogmatische invalshoek, en dat ook door verlies van een kans het traditionele causaliteitsleerstuk ter discussie wordt gesteld, maar dan indirect. Het verschil tussen beide leerstukken is in essentie slechts een verschil in juridische techniek. In concrete gevallen zijn beide benaderingen in hoge mate uitwisselbaar. Toch gelden nu voor de ene benadering strengere toepassingsvereisten dan voor de andere. Tegelijkertijd lijkt met dit arrest de weg vrij te zijn gemaakt voor een proportionele oplossing bij schending van informatie-, advies- of waarschuwplichten. Mits men die dan maar formuleert in termen van het

15 NJ 2011, 250, noot van T.F.E. Tjong Tjin Tai, onder 2.a. Hij sluit daarbij aan bij Klaassen, Mon. BW B35, nr. 57b. Zoals Tjong Tjin Tai aangeeft wijkt dit onderscheid af van de systematiek in andere rechtsstelsels.

16 Zie Akkermans en Van Dijk, AV&S 2012, p. 161-162.

17 In dezelfde zin Asser/Hartkamp & Sieburg, 6-II, 2009, nr. 80.

18 Zo ook Giesen, *Preadvies VBR* (zie noot 4) p. 56.

19 Vgl. A-G Wissink in zijn conclusie voor *Fortis/Bourgonje*, nr. 3.72.2.: "In de literatuur worden bepaalde situaties soms bij het ene type geval en soms bij het tweede type geval besproken. De indeling is kennelijk ook in dit opzicht niet steeds helder".

verlies van een kans. Bij dit soort normschendingen doet het probleem van onzeker causaal verband zich zeer geregeld voor. Het gevolg zal ongetwijfeld zijn dat wij het beroep op het verlies van een kans de komende tijd vaker tegen moet kunnen zien.

mr. Chr.H. van Dijk (advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam) en prof. mr. A.J. Akkermans (professor privaatrecht aan de Vrije Universiteit van Amsterdam)

42

Rechtbank Arnhem
12 december 2012, nr. 221374/HA ZA 11-1377,
LJN BZ0957
(mr. Ter Heide, mr. Veerman, mr. Belt)

**Onrechtmatige daad. Misleidende reclame.
Eigen schuld.**

[BW art. 6:101, 6:162, 6:194, 6:195]

Exploitant van wooncentra laat door installateur aangeschafte waterleidingbuizen in wooncentra installeren. De buizen blijken te lekken en de exploitant spreekt de verkoper van de buizen uit onrechtmatige daad aan, stellende dat in folders onjuiste informatie is verstrekt over de warmtebestendigheid van de buizen. De rechtbank oordeelt de informatieverstrekking in de folder onrechtmatig, want misleidend in de zin van art. 6:194 onder a BW. De rechtbank oordeelt niettemin dat niet aannemelijk is dat de exploitant de keuze voor de buizen en de keuze om in verband met de legionella-problematiek de temperatuur van het water te verhogen op de informatie uit de folder heeft gebaseerd.

De stichting *Stichting Vivantes Zorggroep* te Geleen,
eiseres,
advocaat: mr. J.G.F. Rijlaarsdam en mr. M.S. Goeman te Rotterdam,
tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Nathan Import/Export BV* te Duiven,
2. de rechtspersoon naar Duits recht *Uponor GmbH* te Hassfurt, Duitsland,
gedaagden,
advocaat: mr. F.A.M. Knüppe te Arnhem.

*1. De procedure
(...; red.)*

2. De feiten

2.1. Vivantes is een stichting die verschillende woonzorgcentra exploiteert. Uponor (de rechtsoptvolgster van Unicolor Rohrsysteme GmbH) produceert buizen (de zogeheten Unipipe-buizen) voor toepassingen in waterinstallaties. De Unipipe-buizen zijn geschikt voor toepassing in zowel waterleidingssystemen als in verwarmingsinstallaties. Nathan is de fabrieksvertegenwoordiger van Uponor voor Nederland en België. Zij distribueert de door Uponor geproduceerde buizen in Nederland.

2.2. In de periode tussen 1998 en 2002 heeft Vivantes in de leidingwatersystemen voor drinkwater van de door haar geëxploiteerde woonzorgcentra Moutheuvel, Urmond, Bunderhof en Oud-Geleen kunststof buizen van het merk Unipipe van Uponor doen toepassen. Deze leidingen zijn destijds door Vivantes' adviseur, PRC Coumans B.V. (hierna te noemen: PRC) voorgeschreven in het bestek en door Vivantes' installateur [installateur] B.V. (hierna te noemen: [installateur]) aangeschaft bij Nathan.

2.3. In de vier werktuigbouwkundige bestekken van de betreffende woonzorgcentra, die wat betreft de drinkwaterinstallatie gelijkkluidend zijn, is onder de punten 52.32.10-a tot en met 52.32.10-f bepaald dat de kunststof buisleidingen van het fabricaat Unicolor dienen te zijn en dat wat betreft de hulpstukken uitsluitend fabrikaat Unicolor is toegestaan. Verder staat in die bestekken onder genoemde punten vermeld: "Installatie en in bedrijfstelling conform de richtlijnen van de fabrikant". In de bestekken is onder de punten 52.12.20-a omtrent de berekeningsmethode van de installatieberekening telkens het volgende op-